

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'EFFET
DE
L'OPPOSITION AU JUGEMENT CIVIL
OU COMMERCIAL
PAR DÉFAUT
(Étude de Jurisprudence)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 15 Juin 1910, à 2 heures 1/2

PAR

ANDRÉ WATEAU

Président : M. TISSIER, professeur

Suffragants { MM. BARTIN, { professeurs
CAPITANT, {

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'EFFET
DE
L'OPPOSITION AU JUGEMENT CIVIL
OU COMMERCIAL
PAR DÉFAUT
(Étude de Jurisprudence)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 15 Juin 1910, à 2 heures 1/2

PAR

ANDRÉ WATEAU

Président : M TISSIER, professeur

Suffragants { MM. BARTIN, { professeurs
CAPITANT, {

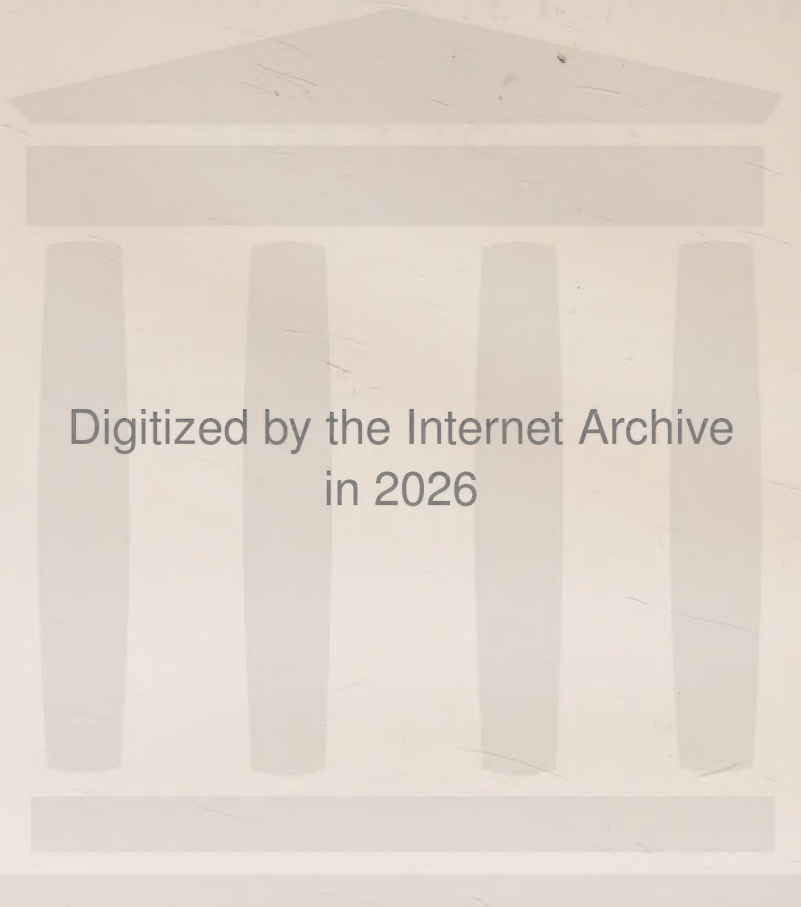
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Nul ne peut être condamné sans avoir été entendu ; tout individu ne peut être atteint dans sa personne ou dans sa fortune sans s'être défendu ou sans avoir été mis à même de se défendre. Ce principe a été consacré par les législations de tous les âges ; l'intérêt des parties veut qu'il soit généralement appliqué. Chaque plaideur tient à présenter tous les moyens qu'il croit propres à lui assurer la victoire ; la lutte est acceptée de part et d'autre, le juge prononce sa sentence en pleine connaissance de cause.

Il est arrivé cependant, dans tous les temps, que, soit par ignorance de l'action introduite, soit par négligence, soit par calcul, l'une des parties ne comparaisse pas devant le Tribunal. Pline et Juvénal racontent qu'à Rome, où le demandeur était autorisé à traîner son adversaire devant le préteur en le prenant par le cou, le défendeur s'échappait parfois, se cachait derrière les colonnes et les statues du Forum (1).

(1) Pline, *lett.*, liv. I ; Juvénal, *Satire*, 11.

Le législateur a dû concilier les intérêts en présence, faire rendre justice au comparant sans sacrifier pour cela les droits de l'absent, respecter le principe fondamental que nous avons formulé. Cette difficulté est aujourd'hui résolue par la combinaison du jugement par défaut et de l'opposition. Avant d'entreprendre l'étude des effets de cette procédure, il nous a paru intéressant de parcourir l'histoire, d'examiner brièvement jusqu'à nos jours les moyens employés pour respecter les droits du défaillant.

Chez les Romains, le défaut se produisait avant ou après la *litis contestatio*. Dans le premier cas, il portait le nom d'*indefensio*, de *desertio vadimonii* ou de *fraudationis causa latitii* ; dans le second, il s'appelait *remodicium* quand le défendeur malade, empêché par force majeure ne se présentait pas, ou bien encore quand il déclinait la compétence du juge, *contumacia* quand, de parti pris, il refusait de venir devant le magistrat (1). Les jugements par défaut étaient, autant que possible, évités en multipliant les avertissements au défaillant. Si le demandeur se présentait seul, *in judicio*, le juge décernait contre l'autre partie trois injonctions successives, à dix jours d'intervalle, d'avoir à comparaître devant lui ; si toutes restaient sans effet, il délivrait contre le défaillant une dernière mise en demeure (*edictum peremptorium*) après laquelle la sentence par défaut

(1) *Dig.*, 1.7 par 12, *De min.*; XXV, 4; 1.5.3, *Dere jud.*, XLII, 1; 1-13, *F. Jud. subii*, XLVI, 7.

pouvait être rendue (1). Elle produisait alors le même effet qu'une sentence contradictoire. Difficilement attaquable, elle pouvait cependant être réformée au moyen de *l'in integrum restitutio*, qui était accordée notamment dans le cas d'absence légitime, de maladie grave, de service aux armées. C'était une mesure exceptionnelle par laquelle le prêteur tenait pour non avenu un acte régulièrement accompli, dont les effets étaient contraires à l'équité ; elle ne le rendait pas inexistant, il subsistait en droit civil, mais une fiction l'empêchait de produire ses conséquences (2).

L'in integrum restitutio donnait lieu à un nouveau procès (*judicium restitutorium*) (3). Le décret du prêteur rétablissait le patrimoine de l'ayant droit dans l'état où il se serait trouvé si l'acte rescindé n'avait pas eu lieu. « *In integrum restituum* », telle était la formule du prêteur.

Sous les lois franques, le défaillant recevait quatre sommations de se présenter. Il encourait une amende de quinze sols pour chaque défaut, après les trois premières sommations ; le quatrième défaut était puni par la séquestration de ses biens, enfin, l'an expiré, par la confiscation au profit du prince (4).

Le droit canonique considérait comme un délit le refus, non justifié, d'obéir à l'assignation, ou de répondre à l'in-

(1) L. 68, *De jud.*, V, 1 ; 1.53, *De re jud.*, XLII, 8.

(2) Cuq., *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 719.

(3) Girard, *Manuel élémentaire de dr. rom.*, p. 1036.

(4) Boncenne, *Théor. de la procédure civile*, t. II, p. 98.

terrogatoire du juge. Toutefois, une sentence rendue par un juge mal informé, laissait à la partie défaillante le droit de « se faire restituer en entier » contre la décision qui lui faisait grief (1).

Le droit coutumier emploie, pour la première fois, les mots *defectus et deffaux* (2). Le vieux coutumier, autorisait les plaideurs à se faire relever de la défaute jusqu'au coucher du soleil « ou au moins avant que les estoiles fussent apparens, ains que les estoiles vinssent à percer le ciel. » (3). Le mot d'opposition est alors connu ; usité dès le xiv^e siècle, son sens est très étendu, il désigne toute protestation contre un acte quelconque émanant d'un tribunal ou de l'un de ses membres (4).

Sous Philippe-le-Bel, le Parlement se décida à réprimer les abus auxquels la procédure du défaut avait donné lieu. L'amende, la séquestration des biens, la confiscation furent abolies ; le système du droit romain fut à peu près reproduit. Avant le défaut définitif, il y eut quatre défauts et quatre assignations (5).

L'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539 réduisit à deux le nombre des défauts et des assignations.

L'ordonnance de 1667 n'exigea même pas une deuxième

(1) Paul Fournier, *Des officialités au moyen âge*, p. 152 et 226.

(2) Dumoulin, *opera*, t. II, p. 415 et s. ; Glasson, *Sources de la procédure civile française*, p. 46.

(3) *Assises de Jérusalem*, chap. 50.

(4) Glasson, *op. cit.*, p. 203.

(5) Bouthillier, *Somme rurale*, t. V.

assignation. Elle ajouta toutefois, au délai ordinaire de l'ajournement, un délai de huitaine durant lequel le procureur du défendeur devait se présenter et se faire inscrire sur le registre du greffe des présentations. Ce délai expiré, le demandeur préparait acte du défaut et le jugement sur le fond était rendu (tit. XIV, art. 5). Mais elle consacra formellement le droit d'opposition. Tout d'abord, elle permit aux juges de rétracter les jugements par défaut, pourvu qu'on le leur demandât avant la fin de l'audience; c'était *rabattre le défaut* (titre XIV, art. 5). D'autre part, elle reconnut aux parties le droit de se pourvoir par voie d'opposition contre des jugements, mais seulement contre les jugements rendus en dernier ressort (titre XXXV, art. 3). Il fut défendu aux juges des tribunaux inférieurs de recevoir des oppositions à leurs sentences par défaut en premier ressort (titre XIV, article 5). Cette disposition avait pour but de stimuler les plaideurs paresseux à se défendre, mais elle donna lieu à de nombreux abus. Les défauts et les appels se multiplièrent; aussi la pratique ne tarda-t-elle pas à admettre l'opposition même contre les jugements rendus en premier ressort et la disposition contraire de l'ordonnance de 1667 tomba-t-elle bientôt en désuétude.

Les effets de l'opposition ne furent pas alors formellement déterminés. L'article 3 du titre 35 permit de se pourvoir par simple requête contre les jugements et arrêts en dernier ressort. Le titre 34, article 12, édicta que l'opposition arrête la contrainte par corps : il doit y être sursis

jusqu'à ce que l'opposition ait été terminée, mais si avant l'appel ou opposition, les huissiers ou sergents se sont emparés de la personne, il n'est pas sursis à la contrainte.

Un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 3 octobre 1729, rapporté par Denisart, déclara que l'opposition suspendait l'exécution de la sentence rendue par défaut jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur l'opposition. Les effets de l'opposition étaient donc analogues à ceux que le Code de procédure civile a établis.

Le titre des jugements par défaut et opposition ne semble pas, dans ce Code, avoir été inspiré par les principes du droit romain et de l'ancien droit. Ses rédacteurs n'ont pas cherché à éviter les jugements par défaut ou, du moins, ils ont pris des précautions moins nombreuses.

Pas d'avertissements ou de sentences multiples comme en droit romain ou en droit féodal, pas de délai supplémentaire comme dans l'ordonnance de 1667, mais, seulement pour le juge, l'obligation de vérifier les conclusions du demandeur et de ne les allouer que si elles sont justes.

En revanche, la voie de l'opposition est ouverte toute large aux plaideurs. Elle est admise contre les jugements rendus par défaut en premier ou en dernier ressort. Le législateur a pris pour base l'ordonnance de 1667, telle qu'elle se présentait à lui, modifiée par la jurisprudence ; il y a introduit quelques dispositions nouvelles. Son intention a été d'éviter les frais, de donner satisfaction aux intérêts

en présence, de faire rendre la justice aussi promptement que possible. Il a voulu sauvegarder les intérêts du défaillant, qu'il présume de bonne foi, contre les surprises du demandeur. C'est pourquoi il n'admet l'opposition que dans la huitaine qui suit la signification à avoué quand le jugement est rendu faute de conclure et l'autorise jusqu'au jour de l'exécution quand la partie défaillante n'a pas d'avoué. Les effets de l'opposition sont très brièvement réglés. Ils ont donné lieu à des controverses doctrinales et la jurisprudence a rendu des décisions aussi diverses que nombreuses.

Il eût été souhaitable que le nouveau Code de procédure civile aujourd'hui à l'étude mît fin, d'une façon définitive, à ces discussions. Il semble l'avoir omis. Par décret du 10 juillet 1883, il a été institué près du ministère de la justice une Commission extra parlementaire chargée d'étudier un projet de révision du Code de procédure civile. Les travaux de cette Commission, « qui a poursuivi son œuvre avec zèle et conscience », ont donné lieu à un projet de loi déposé à la Chambre des Députés, le 6 mars 1890, par M. Thévenet, ministre de la justice (1).

Le 5 mai 1894 (2), M. Dubost, alors garde des sceaux, et le 25 octobre 1898 (3), M. Sarrien déposèrent de nouveau ce projet sur le bureau de la Chambre des Députés. Il n'a

(1) *Journal officiel*, année 1890, Doc. parl., Chambre, p. 441.

(2) *Journal officiel*, année 1894, Doc. parl., Chambre, p. 696.

(3) *Journal officiel*, année 1898, Doc. parl., Chambre, p. 192.

pas été voté pendant la législature qui a vu son dépôt, il est par conséquent devenu caduc. Il porte révision des titres 1 à 23 du livre II et du titre 16 du livre V du Code de procédure civile ; il contient donc une révision des dispositions relatives au jugement par défaut et à l'opposition. Cette dernière a été maintenue ; elle a paru nécessaire à la Commission, car le jugement de défaut « quelque soin que le juge apporte à vérifier, comme le veut la loi, les prétentions du demandeur, n'offre que des garanties incomplètes. »

Mais, se rendant compte des lacunes de cette procédure, elle a introduit des dispositions nouvelles destinées à y parer ; elle a notamment supprimé l'opposition aux jugements par défaut faute de conclure. Les effets de l'opposition proprement dits ont été ainsi réglés par le texte du projet. « L'opposition régulièrement formée suspend l'*exécution* si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition. » (Art. 11, titre VI). « L'opposition, formée par acte extrajudiciaire, est sans effet, dit l'article 13, si elle n'est pas réitérée dans la huitaine par acte d'avoué à avoué. »

Le Code de procédure civile n'a pas été modifié sur ce point. Les doutes qu'il a pu faire naître n'ont pas été dissipés.

C'est une véritable lacune.

Nous verrons en effet, au cours de cette modeste étude, que le Code de procédure civile actuellement en vigueur a laissé la question dans la confusion la plus grande. Des

décisions judiciaires ont été rendues dans les sens les plus divers, la doctrine est en désaccord. Nous craignons que la jurisprudence ait à chercher vainement sa voie dans le texte futur et que les justiciables aient à redouter dans l'avenir les incertitudes du passé.

Une nouvelle Commission extra-parlementaire a été nommée par M. Vallé, Garde des Sceaux, pour étudier la révision du Code de procédure civile. Nous osons espérer que le vote des Chambres apportera les précisions nécessaires et que le nouveau Code de procédure civile, à l'étude depuis près de trente ans, apparaîtra comme une œuvre de réflexion de nos législateurs presque toujours si prompts à improviser des lois.

L'obscurité de la législation en vigueur, l'importance pratique des effets de l'opposition nous ont conduits à choisir ce sujet d'étude. Nous tâcherons dans le cours de ce travail de chercher, dans la confusion des décisions judiciaires, l'état actuel de la jurisprudence.

Des effets de l'Opposition

Le Code de procédure civile a soumis l'opposition à certaines formes et à certains délais. Les articles 157, 158, 160, 161, 162, 163, 436, 437, 438, les déterminent. Il ne nous appartient pas de les étudier.

L'opposition faite dans les formes et dans les délais

prescrits est régulière ; celle qui ne les observe pas ou qui est formée par une personne sans qualité est irrégulière ou tardive. Nous appellerons, pour simplifier, irrégulière toute opposition qui, pour un motif quelconque, n'est pas conforme à la loi.

Les effets de l'opposition régulière, décomposés en effets généraux ou effets qui se produisent toujours et en effets particuliers ou effets qui n'ont lieu que dans certains cas, feront l'objet du premier chapitre. Le deuxième sera réservé aux effets de l'opposition particulière aux jugements commerciaux ; les effets de l'opposition irrégulière seront ensuite étudiés et nous terminerons par l'examen de quelques législations étrangères.

CHAPITRE I

DES EFFETS DE L'OPPOSITION RÉGULIÈRE

SECTION I

Effets généraux

L'opposition peut s'analyser en un refus d'exécuter le jugement et en une demande au tribunal de le modifier.

Ses effets généraux se déduisent de cette analyse en tant qu'elle a pour objet d'arrêter l'exécution du jugement, elle a un effet suspensif, elle est une voie de suspension en tant qu'elle saisit le juge et lui demande de modifier sa décision, elle est une voie de rétractation.

§ 1^{er}. — L'OPPOSITION VOIE DE SUSPENSION

L'opposition formée empêche l'exécution du jugement si elle n'est pas encore commencée; si elle l'est déjà, elle la suspend. L'article 159 du code de procédure civile le dit formellement pour les jugements de défaut faute de comparaître; l'article 161 du même code le dit implicitement

pour les jugements par défaut faute de conclure. Implicitement encore, l'article 153 consacre ce principe sans distinguer ces deux jugements (1). En matière commerciale l'article 438 du code de procédure énonce que l'opposition faite à un jugement rendu par le Tribunal de commerce *arrête* l'exécution. L'opposition aux décisions des cours d'appel et des justices de paix a les mêmes conséquences (2).

Il a été décidé notamment que le juge de paix, juge de l'élection au Conseil d'administration des sociétés de secours d'ouvriers mineurs, n'excède pas les limites de ses attributions, lorsque, en se livrant à cet examen, il déclare ces élections nulles, par le motif qu'il y a été procédé en vertu d'un jugement par défaut non exécutoire par provision avant l'expiration du délai de huitaine à dater du jour où il a été prononcé, les actes faits en violation, soit de l'article 159, soit de l'article 450 étant et demeurant nuls. (3)

S'il n'est pas nécessaire de distinguer le degré ou la nature des juridictions, il n'est pas non plus nécessaire de distinguer les jugements par défaut : l'opposition produit un effet suspensif à l'égard de tous, qu'il s'agisse

(1) Garsonnet, t. V, par. 1054, texte et note 8, p. 479 et 480.

(2) Bioche, v. Jugement de paix par défaut, n° 318 ; Garsonnet, t. V, n° 1052, p. 479 ; Glasson, t. I, p. 448, Trib. du Mans, 14 décembre 1893, *Rec. arr. Angers*, 1894, p. 38.

(3) Cass, 2 mars 1896, S. 1897, I, 281.

de jugements par défaut faute de conclure ou de jugements par défaut faute de comparaître. (1)

La question est controversée cependant quand l'opposition est formée à un jugement mal qualifié, soit que contradictoire; il ait été qualifié de jugement par défaut, soit que par défaut, il ait été qualifié de jugement contradictoire.

M. Garsonnet estime que l'opposition est suspensive dans le premier cas, quitte à celui qui a obtenu le jugement contradictoire à solliciter l'exécution provisoire qui lui sera accordée à l'audience sur un simple acte.

Dans le deuxième cas, l'exécution pourrait au contraire être poursuivie, malgré l'opposition présumée non recevable, sauf à celui qui l'a formée, en matière civile, à solliciter des défenses à l'audience sur assignation à bref délai, en matière commerciale à demander la permission d'assigner extraordinairement pour plaider sur l'opposition à jour et à heure fixes.

Cette théorie nous paraît critiquable. Un jugement est contradictoire ou par défaut par la volonté de la loi, non par la volonté du juge (2). La jurisprudence a maintes fois affirmé que le fait d'avoir déclaré jugée en dernier ressort une décision susceptible d'appel ne mettait pas obstacle à l'exercice de l'appel. Pourquoi ce principe ne

(1) Garsonnet, t. V, n° 1054, p. 479.

(2) Cass., 18 janvier 1830, D. P. 1830, 1, 57. — Cass., 4 juillet 1888, D. P. 1889, 1, 477; Garsonnet, t. III, n° 433, p. 92.

serait-il pas vrai pour l'opposition, sans avoir égard à la qualification du juge ? Nous pensons que l'opposition à un jugement par défaut déclaré à tort contradictoire, est suspensive, qu'elle ne l'est pas dans le cas contraire.

Il peut arriver que le poursuivant commence ou continue l'exécution, bien qu'une opposition régulière ait été formée ; les actes d'exécution seront alors entachés de nullité (1). Il en serait ainsi, croyons-nous, même si la décision exécutée était ultérieurement confirmée, l'effet suspensif de l'opposition apportant un obstacle immédiat à tout acte d'exécution (2).

Quel sera le sort de l'acte conservatoire accompli dans ces conditions ? La jurisprudence a tranché cette question de diverses manières. Étroitement liée à la théorie de la suspension ou de l'anéantissement du jugement, nous aurons l'occasion de l'étudier plus loin. Nous pouvons dire cependant ici que selon nous, la validité des actes conservatoires doit être subordonnée à la décision qui statue sur l'opposition ; confirme-t-elle le jugement ou l'arrêt rendu par défaut, les actes conservatoires sont rétroactivement validés, le rétracte-t-elle, ils sont annulés.

Le poursuivant qui continue l'exécution ou qui prend

(1) Trib. Tours, 18 mai 1892. Sous Cass., 31 octobre 1893, S. 1894, 1, 213. Trib. Mans, 14 décembre 1893, *Rec. arr. Angers*, 1894, p. 38.

(2) Bioche, v. Jugement par défaut, n° 257 ; Garsonnet, t. V, p. 1054, p. 480.

des mesures conservatoires au mépris de l'opposition s'expose donc à voir déclarer nuls les actes qu'il accomplit. Une sanction plus sévère peut même être donnée, sa responsabilité est engagée, il est passible de dommages-intérêts. Le 15 juin 1904, la Cour de Paris (8^e Chambre) a confirmé un jugement qui avait condamné un sieur F... à trois cents francs de dommages-intérêts pour avoir pris une inscription d'hypothèque en vertu d'un jugement de défaut frappé d'opposition. Cette décision paraîtrait d'une rigueur excessive, contraire même aux principes du droit si, dans l'espèce, la mauvaise foi du créancier n'avait été évidente : le jugement n'avait pas été signifié au débiteur, en ayant cependant eu connaissance, il avait formé opposition au jugement et par le même exploit assigné à son tour le poursuivant; celui-ci avait pris inscription le jour même pour lequel il était cité en justice. La Cour a donc fait une juste application de l'article 1382 du Code civil.

L'huissier qui prête son ministère à la continuation d'une exécution, malgré l'opposition, engage aussi sa responsabilité. Il n'est pas le mandataire aveugle des ordres de son client, il a le droit et le devoir de se refuser à l'accomplissement d'une illégalité. Les auteurs et la jurisprudence le déclarent passible de dommages-intérêts et de peines disciplinaires. De multiples applications ont été faites de ce principe (1).

(1) Dutruc, *Manuel de la responsabilité et de la discipline des officiers*

Le demandeur, qui suspend son exécution devant une opposition irrégulière, aura en revanche le droit de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il aura subi (1).

Nous avons jusqu'ici considéré les conséquences de l'exécution continuée au mépris d'une opposition déjà formée. Que décider quand elle a été commencée avant cette opposition? L'exécution n'est-elle pas alors un droit absolu que le poursuivant peut exercer sans s'exposer à aucuns dommages-intérêts? Pas toujours, dit la jurisprudence; elle met en application la théorie de l'abus de droit et fait échec au vieil adage : *Neminem lædit qui jure suo utitur*.

Quand la décision rendue par défaut est confirmée, l'exécution ne peut évidemment engager la responsabilité du poursuivant, mais quand elle est rétractée, l'exécution constitue, dans certains cas tout au moins, un fait dommageable et illicite qui engage la responsabilité de son auteur. La Cour de cassation a déclaré le 3 février 1863 que l'exécution d'un jugement par défaut attaqué par opposition constitue une faculté dont l'exercice a lieu aux risques et périls de la partie à qui la loi permet d'en user, qu'en effet cette partie agit alors en vertu d'un titre dont

ministériels, n° 490; Rousseau et Laisney, v. huissier, n° 153. — Dijon, 9 août 1894, *Pand.* 1895, 2, 286. — Paris, 11 janvier 1885, *Journal des huissiers*, t. LXXVI, p. 151. — Cass., 22 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 6 août 1899, etc...

(1) Chauveau, t. III, quest. 674. — Rodière, t. II, p. 303.

la validité est subordonnée à la condition qu'il ne sera pas formé d'opposition ou que l'opposition formée sera rejetée, qu'ainsi elle est responsable des dommages causés, soit par les actes antérieurs à l'opposition, soit par le maintien de ces actes postérieurement à l'opposition si le jugement est mis à néant par une décision définitive. Cet arrêt constitue une des premières et des caractéristiques applications de la théorie de l'abus de droit.

Une telle jurisprudence paraît bien rigoureuse. L'exécution est, en effet, le seul moyen offert au poursuivant pour vaincre l'inertie ou la mauvaise volonté du défaillant, elle doit, en outre, être poursuivie dans les six mois de l'obtention du jugement par défaut, l'exécution est même nécessaire pour supprimer la faculté d'opposition. Il est étrange de voir une partie qui use de ses droits condamnée à des dommages-intérêts au profit de celle qui néglige de surveiller les siens. La Cour ne s'est point arrêtée à ces considérations qu'elle a cependant envisagées, elle semble avoir tenu compte des circonstances particulières de la cause.

Les jugements par défaut sont facilement surpris à la religion des tribunaux, ils ne constituent parfois qu'un titre sur la portée duquel le créancier ne doit pas se méprendre. Les tribunaux ne condamneront les poursuivants à des dommages-intérêts pour exécution antérieure à l'opposition que dans le cas de mauvaise foi évidente.

(1) Cass., 3 février 1863, D. 63.1.163, S. 63.1.70.

Telles sont les principales conséquences dégagées par la jurisprudence de l'effet suspensif de l'opposition.

Peu de divergences se sont élevées à leur sujet ; nous allons voir que l'opposition considérée comme voie de rétractation a donné lieu à de très-nombreuses discussions.

§ 2. — L'OPPOSITION, VOIE DE RÉTRACTATION

Si l'opposition est un refus d'exécuter le jugement rendu par défaut et suspend son exécution, elle est aussi, nous l'avons déjà dit, une demande au tribunal d'avoir à modifier sa décision. Elle est donc un moyen de rétractation ; L'affaire est remise en question ; un jugement nouveau est rendu. Devant quel tribunal les parties reviennent-elles, quel est leur rôle, quel est le sort de la décision rendue par défaut ? C'est ce que nous allons étudier.

Retour des parties devant le tribunal

L'opposition formée, l'exécution du jugement par défaut suspendue, l'affaire est à nouveau soumise aux juges. C'est au tribunal qui a rendu le jugement par défaut d'en connaître. L'opposition a donc pour effet de saisir la juridiction même dont émane la décision. Aucun doute ne s'élève sur ce point. La nature de la juridiction importe peu, elle doit rendre une décision nouvelle. Quand par

exemple, sur la requête d'une partie, le président du tribunal commet un juge pour procéder à un interrogatoire sur faits et articles ordonné par un jugement, c'est à ce président qu'il appartient de connaître de l'opposition formée à cette ordonnance par la partie qui doit subir l'interrogatoire (1).

Peu importe encore que la juridiction qui a rendu la décision par défaut ne soit pas compétente pour statuer sur son exécution. Un tribunal de commerce peut seul connaître de l'opposition formée aux jugements qu'il a rendus par défaut, bien qu'il ne puisse pas connaître de leur exécution (2).

Il ne s'en suit pas cependant que l'affaire doive être portée devant la même chambre du tribunal qui a statué par défaut (3). Aucune disposition légale n'empêche de distribuer l'affaire suivant les besoins du service à une chambre autre que celle qui a rendu la décision attaquée. Sans préjudice des attributions spéciales de compétence établie pour certaines catégories d'affaires, les chambres qui composent un tribunal ne sont pas des juridictions différentes, les décisions rendues par les unes et les autres

(1) Rouen, 9 février 1829, D. P. 1830, 2, 269. — Garsonnet, 15 par 1057, 1 p. 487.

(2) Lyon, 29 mai 1874, D. P. 1876, 2, 126.

(3) Cass., 1^{er} brumaire an XII, 20 mars 1821 et 13 novembre 1823 (S. et P. chr.), 27 avril 1874, D. P. 1876, 1, 393. Sic. Pigeau, *Comment. Cod. proc.*, t. I, p. 358; Bioche, *Dict. de procéd.*, v. Jugement par défaut, n° 244; Garsonnet, t. V, par. 105, p. 487.

ne cessent pas d'émaner du même tribunal (Cass., 27 avril 1874).

Cette pratique s'imposait même sous le régime du décret du 30 mars 1808. Les défauts faute de comparaître devaient être pris à la première chambre, tandis que les oppositions pouvaient être jugées par une chambre quelconque. Si les défauts peuvent être pris aujourd'hui à toutes les chambres (article 1^{er} du décret du 30 novembre 1872), la règle que nous venons d'énoncer n'en reste pas moins applicable.

L'opposition à un arrêt rendu par une seule chambre ne peut cependant être valablement examiné par la cour statuant à l'audience solennelle toutes chambres réunies. En particulier, une cour d'appel siégeant ainsi est incompétente pour connaître de l'opposition à un arrêt par défaut rendu à tort sur une question d'état par une chambre seule ; c'est à cette chambre qu'il appartient exclusivement de statuer sur l'opposition. Les chambres réunies ne peuvent connaître du fond du litige qu'après rétractation de l'arrêt par défaut par les conseillers compétents ou qu'après déclaration expresse de la partie qui l'a obtenu qu'elle renonce à s'en prévaloir.

Ce moyen d'incompétence est d'ordre public comme touchant à l'organisation judiciaire, il n'est pas couvert par le silence des parties devant la cour d'appel. Si l'oppo-

(1) Cass., 15 janvier 1872, S. 1872, 1, 116.

sition est portée devant la chambre qui a rendu la décision attaquée, il va sans dire qu'elle n'a pas besoin d'être composée des mêmes magistrats. Il a été jugé en ce sens, avant la loi du 20 avril 1810, que l'un des juges qui ont concouru au jugement par défaut peut valablement remplir, lors de la décision rendue sur opposition, les fonctions du ministère public en cas d'empêchement de celui-ci (1).

La loi du 20 avril 1810 n'a rien changé à cet état de choses ; son article 7 qui déclare nuls les jugements rendus par des juges qui n'auraient pas assisté à toutes les audiences de la cause ne peut s'appliquer ici. L'opposition doit sans doute être portée devant le même tribunal, mais celui-ci est censé le même quand il est composé du nombre de juges déterminé par la loi (2).

Il serait d'ailleurs souvent impossible de réunir les magistrats qui ont prononcé le jugement par défaut, en raison des changements provenant de causes multiples.

Remise en question de la chose jugée à l'égard du défaillant

Comment le tribunal devant lequel le litige est à nouveau porté pourra-t-il en connaître et rendre un nouveau jugement? L'opposition remet en question la chose

(1) Cass., 4 germinal an V, *D. Rep.*, v. Jugement par défaut, n° 347, 1.

(2) Cass., 20 mars 1821, précité.

jugée à l'égard du défaillant (1). Personne ne conteste cet effet.

L'opposant a donc le droit de poursuivre la rétractation de toutes les dispositions du jugement ; il y a en sa faveur, sur ce point, une sorte de présomption *juris tantum*.

Pour qu'un tribunal puisse décider que l'opposition ne s'applique qu'à certains chefs déterminés, il faudrait qu'il y ait dans l'acte d'opposition une restriction formelle (2). L'opposition ne donne pas toutefois au défaillant le droit d'attaquer les dispositions du jugement auxquelles il aurait acquiescé (3).

La rétractation du chef de l'exécution provisoire peut même, avant qu'il soit statué sur le fond, être obtenue du tribunal. Dans ce sens, il a été jugé qu'on peut, sur l'opposition à un jugement par défaut déclaré exécutoire par provision, demander préalablement et séparément au tribunal la rétractation de la disposition relative à l'exécution provisoire et qu'on n'est pas obligé de se pourvoir à la Cour d'appel à l'effet d'obtenir des défenses (4) ; que celui qui a

(1) Cass., 13 mars 1828, S. chr. P., 1828, 111, 329, P. chr. — Metz, 26 avril 1870, D. P. 1870, 2, 193. — Poitiers, 24 janvier 1884, G. Pal., 1884, 1, 532. — Orléans, 30 décembre 1884, D. P. 1886, 2, 70. 14 février 1885, D. P. 1886, 2, 70. — Trib. Seine, 30 novembre 1897, la loi du 3 décembre 1897 ; Bioche, v. Jugement par défaut, n° 314 et 315 ; Garsonnet, t. 5, par. 1053, p. 477 ; Glasson, t. I, p. 448.

(2) Cass., 27 avril 1825, S. et P. cher.

(3) Bioche, v. Jugement par défaut, n° 314 et 315 ; Garsonnet, t. V, par. 1053, p. 497, note 2.

(4) Cass. belge, 18 juin 1834.

formé une opposition à un jugement ne peut, pour éviter les effets de l'exécution provisoire, présenter requête à la Cour à l'effet d'obtenir des défenses, l'opposition remettant tout en question devant le tribunal, même l'exécution provisoire (1).

L'opposant a également le droit de faire valoir contre le jugement par défaut toutes les exceptions qu'il n'a pas couvertes, par exemple les incompétences *ratione materie*, *ratione personæ et ratione loci*. Il a même été jugé que si cette incompétence doit être opposée avant toute défense au fond, l'opposant n'est pas néanmoins déchu du droit d'exciper de l'incompétence du tribunal, par cela seul qu'il n'a pas mentionné dans l'exploit d'opposition l'exception d'incompétence.

Il suffit en pareil cas que l'opposant fasse valoir son moyen avant tout autre devant le tribunal (2).

Il pourrait également se prévaloir des nullités commises par son adversaire, lui opposer toutes exceptions dilatoires, d'une façon générale former toutes les demandes auxquelles il n'est pas présumé avoir renoncé (3).

Quant au tribunal devant lequel l'affaire revient sur opposition, il a le droit de statuer dans les mêmes conditions que si elle se présentait devant lui pour la première

(1) Cass., Cour de Paris, 9 nov. 1840; Dalloz, *Rep.*, v. Jugement, n° 680.

(2) Trib. comm. Marseille, 9 novembre 1888. *Somm. jurispr. Marseille*, 1889, 4, 69. — Lyon, 21 nov. 1901, *Gaz. Trib.* du 26 février 1902.

(3) Garsonnet, t. V, par. 1057, p. 489.

fois (1). Un tribunal de commerce, par exemple, qui a statué par défaut sur la compétence et sur le fond devant lequel le défaillant ne fait opposition que sur la question de compétence a la faculté de statuer par deux dispositions distinctes sur l'incompétence et sur le fond. Il a été décidé que le juge peut prononcer à la fois, pourvu que ce soit par deux dispositions distinctes, sur les exceptions et sur le fond, bien que l'opposant ait seulement développé ses moyens relatifs aux exceptions (2). Les juges d'appel ont le droit de statuer sur toutes les questions soulevées par l'appel, alors même que l'intéressé n'a conclu que sur une partie d'entre elles en formant opposition (3).

Toujours par application de la règle suivant laquelle l'opposition a pour effet certain de remettre en question la chose jugée à l'égard du défaillant, il a été décidé que si deux parties ayant été assignées et une seule ayant constitué avoué, il a été néanmoins rendu par erreur un jugement par défaut contre toutes deux, l'opposition formée par la partie qui avait constitué avoué, rend obligatoire le prononcé d'un jugement de défaut profit-joint. Il n'est pas nécessaire qu'il ait été pris des conclusions à cet effet ;

(1) Cass., 2 ventôse an XI (S. et P. chr.). Cass., 17 décembre 1839. I. 1840, 1, 376, D. 1840, 1, 68 ; Rodière, t. I, p. 316 ; Bioche, v. Jugement par défaut, n° 329 ; Garsonnet, t. V, par. 1053, p. 478.

(2) Cass., 17 décembre 1839 (D. 1840, 1, 68).

(3) Cass., 8 août 1815 (S. et P. chr.). 29 août 1832 (P. chr.). Paris, 28 juin 1872 (D. P. 1873, 2, 55).

l'application de l'article 153 du Code de procédure civile est d'ordre public (1).

L'hypothèse prévue par cet article est bien celle où nous nous trouvons.

L'opposition régulièrement formée empêche en outre le jugement par défaut d'acquérir l'autorité de la chose jugée.

Toutes ses dispositions subissent cet effet. Une Cour d'appel ne peut donc, à moins d'acquiescement ou de restriction formelle dans l'acte d'opposition, décider, sur de simples présomptions, que l'opposition à un jugement par défaut dont l'acte n'est même pas représenté n'a point porté sur telle ou telle disposition du jugement (Cass., 27 avril 1825).

L'opposition remet donc en question la chose jugée à l'égard du défaillant. Anéantit-elle complètement le jugement par défaut? C'est ce que nous allons maintenant examiner.

De l'anéantissement du jugement rendu par défaut.

La doctrine conteste généralement à l'opposition l'effet d'anéantir le jugement qu'elle frappe ; pour soutenir cette opinion, elle se fonde sur trois arguments principaux. Le premier est tiré du texte même du Code de procédure. Nulle part la loi ne dit que l'opposition ait pour effet

(1) Trib. Seine, 30 novembre 1897, la loi du 3 septembre 1898.

d'anéantir le jugement par défaut ; suspendre, arrêter l'exécution sont les seules expressions rencontrées dans le Code, c'est donc ajouter au texte que d'admettre l'anéantissement du jugement (1). Le deuxième argument est tiré d'une comparaison entre l'opposition et l'appel : il est impossible, disent certains auteurs, que l'opposition anéantisse le jugement alors que l'appel n'a point ce résultat. Enfin, ils estiment que l'exécution provisoire est incompréhensible si le jugement ne conserve pas quelque force, malgré l'opposition qui l'a frappé : le néant peut-il produire un effet, un jugement qui n'existe plus peut-il s'exécuter même provisoirement ?

Ce système a été combattu par certains auteurs. Chauveau sur Carré (Quest. 588, 5^e 620 *bis*) estime qu'il ne peut y avoir chose jugée entre deux parties que lorsque chacune d'elles a fait valoir ses moyens ; que d'ailleurs, y eût-il chose jugée à l'égard du demandeur, l'opposition du défaillant la remet en question.

Loin d'être purement doctrinal, ce point présente, au contraire, un intérêt pratique considérable. Admettons, en effet, que l'opposition n'a pas d'autre résultat que de suspendre l'exécution du jugement, il faudra, d'après certains auteurs tout au moins, refuser au demandeur le droit de prendre de nouvelles conclusions pour modifier sa

(1) Boitard, Tolmet, Daage et Glasson, t. I, n^o 334 ; Glasson, not. dans D. P. 1886, 2, 63, D. P. 90, 1, 70, 71. *Précis de proc.*, t. I, p. 448 ; Garsonnet, t. V, par. 1055, p. 480.

demande; admet on que le jugement est anéanti par l'opposition, l'inscription hypothécaire prise en vertu de ce jugement est nécessairement annulée, même pour le cas où il surviendrait un jugement de débouté d'opposition; le demandeur pourra sans doute prendre alors une nouvelle inscription, mais peut-être aura-t-elle un rang plus éloigné que la première. Si l'opposition anéantit le jugement par défaut, le tiers saisi auquel le débiteur défaillant présentera une opposition régulière n'hésitera pas à « vider ses mains », entre celles du saisi. Ces effets nous apparaîtront avec plus de précision quand nous examinerons les conséquences tirées par la jurisprudence des systèmes que nous venons d'exposer.

Il est exact, ainsi que le soutiennent les partisans du premier système, que la loi ne dit nulle part que le jugement est anéanti par l'opposition. On ajoute donc à la loi en admettant cet anéantissement (1).

Cet argument nous paraît suffisant pour rejeter la théorie de l'anéantissement; il est même, selon nous, le seul à retenir. Les deux autres, invoqués par les mêmes auteurs, ne nous semblent pas décisifs.

Si le jugement n'est pas anéanti par l'appel, il n'est pas pour cela nécessaire de refuser ce résultat à l'opposition. L'opposition, dirigée contre une sentence non contradictoire, obtenue sans que l'une des parties ait présenté sa

(1) Glasson, note dans Dalloz, 1890, 1, 71.

défense doit équitablement produire un effet plus ample et plus énergique que l'appel. Le troisième argument employé par les auteurs ne nous paraît pas plus convaincant; on peut très bien admettre que le législateur ait voulu, dans certains cas particuliers, supprimer les effets de l'opposition et décider qu'un jugement même frappé de ce secours pourra s'exécuter provisoirement.

L'interdiction de former des demandes nouvelles est, croyons-nous, le motif primordial qui a conduit certains auteurs à rejeter la théorie qui limite les effets de l'opposition à la suspension de l'exécution du jugement par défaut.

Résulte-t-il nécessairement de ce système que le demandeur ne puisse ni modifier sa première demande, ni former des demandes nouvelles? Cette conséquence en a, selon nous, été déduite à tort.

Puisqu'il est admis que l'opposition rend le défendeur apte à prendre toutes conclusions devant le tribunal saisi à nouveau, nous ne voyons pas pourquoi le demandeur ne jouirait pas du même avantage; aucune prohibition légale n'interdit, tant au demandeur qu'au défendeur, le droit d'invoquer les exceptions et les moyens dont ils n'ont pu se prévaloir lors du jugement par défaut. Interdire cette faculté au demandeur, c'est le placer dans une situation embarrassante, le mettre même à la merci du défendeur, sans qu'aucun texte le nécessite. Limiter les effets de l'opposition à la suspension de l'exécution du jugement par

défaut n'oblige donc pas à interdire au demandeur de prendre des conclusions nouvelles. Il n'y a aucune utilité à déclarer le jugement par défaut « anéanti » pour reconnaître ce droit au demandeur. La théorie de l'anéantissement ajoute à la loi sans nécessité ; elle nous paraît même illogique et contraire au fait. Si l'opposition rouvre l'instance, si elle la « ravive », il ne s'en suit pas qu'il ne se soit rien passé entre les parties ; le jugement par défaut demeure en attendant la décision définitive.

Nous estimons donc que, par l'opposition, l'instance est rouverte et que demandeur comme défendeur peut prendre de nouvelles conclusions, mais que le jugement par défaut subsiste, que sans doute son exécution est suspendue, qu'aucun acte d'exécution ne peut avoir lieu puisque la loi est formelle, mais que des actes conservatoires destinés à préparer et assurer cette exécution si le jugement est confirmé peuvent être accomplis. Dans notre système, les actes d'exécution antérieurs à l'opposition voient leur sort dépendre de celui du jugement frappé d'opposition : ils seront validés ou annulés selon que ce jugement sera confirmé ou rétracté.

Les systèmes que nous venons d'exposer sont appliqués dans la jurisprudence. Lequel adopte-t-elle ? Une réponse certaine ne peut être donnée. Si nous nous en tenons aux décisions multiples qui ont été rendues, nous pouvons dire que l'anéantissement semble prévaloir. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation, même des plus anciens,

admettent cette théorie (1). La jurisprudence a déduit des systèmes que nous avons exposés des conséquences relatives aux demandes nouvelles, aux actes conservatoires, aux actes d'exécution. C'est par leur examen que nous apercevrons avec le plus de clarté l'effet de l'opposition, tel qu'il est déterminé par la jurisprudence actuelle.

L'opposition et les demandes nouvelles

Certaines décisions admettant que l'opposition remet seulement à l'égard du défaillant la contestation dans l'état où elle était avant le jugement, ont déclaré le demandeur originaire irrecevable à remettre en débat les chefs du jugement qui lui font grief et ont été jugés avec lui. Il s'ensuit que le demandeur ne pourra reproduire les conclusions par lui précédemment prises et rejetées alors même que ces conclusions seraient simplement prises à fin d'exécution provisoire (2). Il en serait ainsi à plus forte raison dans le cas où le comparant aurait déclaré expressément, lors du jugement, renoncer à un chef des conclusions et signifié le jugement sans réserves (3).

Les décisions, permettant au demandeur de modifier sa

(1) Un arrêt du 29 mai 1832 (*P. chr.*) s'exprime ainsi : attendu que le premier arrêt n'avait été prononcé que par défaut ; que cet arrêt *anéanti* par une opposition régulière et d'ailleurs, etc.

(2) Paris, 16 février 1850, *S.* 1852, 2, 32, *P.* 1850, 1, 182. 3 janv. 1852, *Trib. Seine*, 14 déc. 1886, *Gaz. Pal.*, 1, 62.

(3) Paris, 3 janvier 1852, *P.* 52, 1, 105.

demande ou de prendre des conclusions nouvelles, sont beaucoup plus nombreuses. Il a été jugé notamment que l'opposition, régulière en la forme, a pour effet de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement par défaut et qu'aucune distinction ne doit être faite à cet égard entre le défendeur et le demandeur, de sorte que celui-ci a le droit de modifier ses premières conclusions, soit pour augmenter, soit pour restreindre sa prétention (1).

Il a été décidé encore que l'opposition formée à un jugement par défaut permet au demandeur qui a obtenu ce jugement de reprendre même la partie de ses conclusions premières rejetées par le tribunal, alors que les divers chefs de la demande procèdent de la même cause et ne peuvent être appréciés séparément : (il s'agissait en l'espèce d'une demande tendant à la fois à la modification d'annonces commerciales et à l'insertion dans les journaux du jugement à intervenir ; le rejet par le tribunal du second chef de cette demande n'a pas empêché le demandeur de reproduire, sur l'opposition, tous les chefs de sa demande) (2) ;

Que si un jugement par défaut a statué sur une demande principale et réservé des conclusions subsidiaires en dommages-intérêts, le demandeur, sur l'opposition du défendeur à ce jugement, est recevable à renouveler sa

(1) Cass., 6 mars 1889, D. P. 90, 1, 70, 71.

(2) Paris, 28 juillet 1877, D. P. 78, 2, 119.

demande en dommages-intérêts dans des conclusions reconventionnelles et n'est pas tenu d'agir par voie d'action principale (1) ;

Que les parties ont le droit, à la suite de l'opposition, de prendre toutes conclusions devant le tribunal, notamment à l'effet de régulariser la procédure pour la validité du jugement contradictoire à intervenir (2) ;

Que le demandeur a le droit, sur l'opposition du défendeur, de reprendre ses conclusions primitives et de soumettre au tribunal le litige tout entier tel qu'il en a été saisi avant le jugement par défaut, même si ses conclusions primitives tendant par exemple à obtenir l'exécution provisoire ont été rejetées (3) ;

Que celui qui a obtenu le jugement peut, comme l'opposant, formuler par voie de conclusions des demandes non comprises dans son exploit d'ajournement et spécialement demander le paiement des billets échus postérieurement à ceux qui faisaient l'objet de la demande originale ; et d'autre part, que ce demandeur peut, après l'opposition, réclamer tant pour les causes de son exploit d'ajournement que pour celles de ses conclusions l'exécution provisoire du jugement à intervenir ; (4) que l'opposition a pour effet de « raviver l'instance engagée » qui est réputée

(1) Paris, 19 déc. 1878, D. P. 80, 2, 62.

(2) Amiens, 20 nov. 1884, D. P. 86, 2, 63.

(3) Limoges, 13 août 1821, S. et P. chr. — Paris, 1^{er} mars 1831, S. 1831, 2, 175, D. P. 1833, 2, 11. — Paris, 24 avril 1849, D. P. 1849, 2, 160.

(4) Trib. Seine (7^e ch.), 8 mars 1898, *Pand.*, 1898, 2, 112.

avoir subsisté depuis la demande originaire jusqu'à l'arrêt qui clôt souverainement le litige; que, par suite, les intérêts courus pendant le procès depuis la demande jusqu'à la solution définitive sont dûs même si le procès a duré plus de cinq ans (1); qu'un moyen de défense n'est pas tardivement présenté lorsqu'il ne l'est que postérieurement à un jugement de condamnation par défaut frappé d'opposition.

L'opposition et les actes conservatoires

Inscription d'hypothèque

L'inscription d'hypothèque judiciaire est une mesure conservatoire; elle permet d'assurer l'exécution des décisions de la justice, elle n'est pas un acte d'exécution. Aussi de nombreux jugements et de nombreux arrêts n'ont-ils pas hésité à admettre que le porteur d'un jugement de défaut même frappé d'opposition peut valablement prendre une inscription d'hypothèque (2). C'est ainsi qu'il a été jugé que l'hypothèque judiciaire prise en vertu d'un jugement par défaut n'est pas un acte d'exécution, mais une mesure conservatoire et n'est pas, par suite anéantie par l'opposition; si celle-ci est rejetée, l'hypothèque subsiste pour la garantie de la condamnation maintenue au jugement qui rejette l'opposition (3).

(1) Cour de Paris, 2 mars 1893, D. P. 94, 2, 210.

(2) Cass., 16 février 1892, *Pand. fr. pér.*, 1893, 1, 29.

(3) Trib. civ. Lombez, 3 décembre 1896, *Gaz. Trib.*, 27 décembre 1896. *Le Droit*, 21 janv. 1897.

Quelques décisions rendues dans ce sens sont longuement motivées. Après avoir insisté sur les caractères de l'hypothèque judiciaire et sur les conditions dans lesquelles peut être requise l'inscription, elles ont abordé et critiqué nettement la théorie de l'anéantissement.

Tel par exemple le jugement rendu par le tribunal civil de Rennes, le 5 avril 1897 (1) et dont voici les principaux motifs :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut ; qu'ainsi d'une manière absolue, un jugement par défaut suffit pour faire naître l'hypothèque judiciaire ;

Attendu que l'hypothèque judiciaire n'a pas besoin d'être demandée ni accordée ; qu'elle participe de la nature de l'hypothèque légale, et, comme elle, forme un droit acquis sitôt que certaines circonstances de fait ont été remplies ;

Attendu qu'une créance, par cela seul qu'elle est appuyée d'un premier jugement mérite d'être protégée ; que la loi, de son autorité souveraine, lui attribue la garantie de l'hypothèque sous l'unique condition d'une inscription à prendre :

Attendu que, ces constatations faites, on comprend que l'hypothèque ne soit pas liée au sort du jugement ; que si

(1) *Pandectes*, 1898, 2, 129.

l'opposition anéantit le jugement, atteint les conclusions qui l'ont préparé et les actes d'exécution qui l'ont suivi, elle frappe d'une modalité seulement l'hypothèque au même titre, du reste, que la créance elle-même ; que l'hypothèque comme la créance elle-même qui ne cesse pas d'exister est subordonnée au jugement qui interviendra sur l'opposition ;

Attendu que s'il pouvait en être autrement, il dépendrait du débiteur de rendre illusoire la première des garanties recherchée par le créancier, et que la même carrière lui serait ouverte pour les combinaisons les plus frauduleuses ;

Attendu qu'on ne saurait admettre que le législateur ait laissé possible une telle conséquence et par le fait, à l'encontre des précautions qu'il manifeste partout ailleurs, encouragé le défaut devant la justice ;

Attendu que cette théorie, loin de heurter, comme on l'affirme, la jurisprudence, trouve appui dans un arrêt de la Cour de Cassation du 17 mars 1880 (1) (S. 82, 2, 205) qui déclare que l'hypothèque prise en vertu d'un jugement par défaut, subsiste, malgré l'opposition, pour la garantie de la créance. »

Signalons également un arrêt de la Cour d'Aix en date

(1) Voici le texte du motif visé : Attendu que l'opposition formée par les héritiers Laurent au jugement par défaut du 20 février 1851 ayant été rejetée par le jugement du 1^{er} mars 1873, l'hypothèque prise en vertu du premier de ces jugements a subsisté pour la garantie de la créance de 33.800 francs.

du 22 novembre 1907 (1). Il confirme un jugement qui a admis la validité d'une inscription d'hypothèque prise en vertu d'un jugement par défaut. Très longuement motivé, il contient une critique complète de la théorie de l'anéantissement. Après avoir insisté sur le caractère de l'hypothèque, la Cour examine la théorie si souvent soutenue dans les décisions contraires : si l'opposition ne produisait qu'un effet suspensif de l'exécution du jugement, le demandeur se trouverait souvent dans une situation embarrassante, parce qu'il ne pourrait plus modifier ses premières conclusions, ni former des demandes nouvelles.

La Cour estime, ainsi que nous le disions plus haut, que cette conclusion ne découle pas nécessairement du système qui limite les effets de l'opposition à la suspension de l'exécution ; « que si, en cause d'appel, il n'est pas permis, sauf les exceptions prévues par l'article 464 du Code de procédure civile de former des demandes nouvelles, parce qu'elles n'auraient pas subi le premier degré de juridiction, il est indiscutable qu'au cas d'opposition ce motif disparaît, car alors l'affaire sera présentée devant les juges du premier degré ; qu'on ne voit pas, dès lors, pour quelles raisons l'opposition n'aurait pas le même effet suspensif que l'appel, ni quelle distinction on pourrait établir entre le demandeur et le défendeur à qui l'on ne saurait refuser, en l'absence de toute prohibition légale, le droit d'invoquer

(1) Non publié. Nous devons à l'aimable obligeance de M. Duparcq, avocat à la Cour d'appel de Paris, la communication de cet arrêt.

les exceptions et tous les moyens dont ils n'auraient pu se prévaloir lors du jugement de défaut. »

Il y a lieu de citer encore un arrêt plus récent de la Cour d'appel de Montpellier en date du 25 février 1909 (1). Après avoir déclaré que la règle édictée par l'article 2123 du Code civil est absolument formelle, et que, si elle n'existait pas, il faudrait la créer, l'arrêt s'exprime ainsi : « Attendu que si certains arrêts affirment que les jugements par défaut sont anéantis par l'opposition, il apparaît bien que l'expression dépasse la pensée du rédacteur ; qu'en effet l'idée d'anéantissement ne résiste pas à la lecture de l'article 155, § 2 du Code de procédure civile qui permet, dans certains cas, l'exécution provisoire des jugements par défaut, nonobstant toute opposition ; que bien évidemment on ne pourrait exécuter même provisoirement une décision anéantie.

« Attendu que ce qu'on a qualifié d'anéantissement n'est qu'une *fiction de droit*, en vertu de laquelle l'entier litige est remis entre les mains du juge de l'opposition, mais que rien ne permet de poser un principe aussi dangereux que celui de l'anéantissement ; que tout au contraire, il est permis de penser que les articles 2123 du Code civil et 155 § 2 du Code de procédure civile ne statuent pas sur des cas exceptionnels, et que les jugements par défaut ne cons-

(1) Non publié. Communiqué par M. Duparcq avocat à la Cour d'appel de Paris.

tituent pas une procédure aussi inefficace que dispendieuse. »

Nous ne reprendrons pas ici la critique des conséquences déduites de l'exécution provisoire, mais nous signalerons l'expression de *fiction de droit* employée par cet arrêt. Peut-être pénètre-t-il ainsi l'esprit de certaines décisions qu'il blâme, selon nous, à juste titre.

Certains juges, au contraire, annulent l'inscription de l'hypothèque prise en vertu d'un jugement par défaut ; ils prétendent que ce jugement est anéanti par l'opposition et qu'il ne peut donner naissance à aucun acte. Il convient toutefois de faire remarquer qu'ils se bornent à déclarer le jugement anéanti sans chercher à justifier leur affirmation. Tel, par exemple, le jugement rendu par le tribunal civil de la Seine le 8 mars 1898 : « Attendu, dit-il, qu'il est inexact de prétendre que les jugements par défaut frappés d'opposition reprennent leur force originale dès qu'il a été statué à l'encontre des opposants et, dans ce cas, produisent rétroactivement tous leurs effets ; que cette théorie est contraire à la règle générale qui domine la matière et qui est à peu près universellement admise dans le dernier état de la jurisprudence, à savoir que l'opposition a pour résultat d'*anéantir* complètement le jugement par défaut et de remettre la cause et les parties dans le même et semblable état qu'avant le jugement frappé d'opposition ; qu'à la différence du jugement frappé d'appel, le jugement par défaut auquel opposition a été formée est devenu absolu-

ment *inexistant* ; que ses effets doivent donc disparaître dès lors que la cause juridique en a disparu... »

L'inscription d'hypothèque avait, dans l'espèce, été prise postérieurement à l'opposition. Le tribunal aurait-il rendu la même décision si elle avait été prise antérieurement ? Il est permis d'en douter. Le dispositif du jugement déclare en effet l'inscription d'hypothèque judiciaire nulle et non avenue comme ayant été prise en vertu d'un jugement par défaut *antérieurement* frappé d'opposition. Il semble bien que le mot *antérieurement* ait été placé ici d'une façon intentionnelle ; il n'est peut-être pas téméraire de conclure que le tribunal, reculant devant la rigueur des conséquences logiques de sa théorie, n'aurait pas annulé l'inscription d'hypothèque prise antérieurement à l'opposition (1). Nous n'avons pas trouvé, au cours de nos

(1) *Eodem sensu* : Arrêt de la Cour de Paris du 15 juin 1904. Cet arrêt confirme un jugement qui avait prononcé la nullité d'une hypothèque prise en vertu d'un jugement par défaut, bien que ce jugement ait été confirmé sur opposition. Mais le jugement n'avait pas été signifié, et l'inscription était postérieure à l'opposition.

Arrêt de la même Cour du 7 avril 1905 : « L'inefficacité du jugement, dit cet arrêt, persiste même lorsque sur l'opposition, le tribunal, en déboutant l'opposant a ordonné que le jugement par défaut sortirait son plein et entier effet ; ce n'est là qu'une formule de rédaction dont la commodité permet d'éviter la reproduction dans la décision nouvelle du dispositif par défaut, et il n'est pas moins certain que cette formule constitue une disposition nouvelle qui n'évoque la prévision que comme référence impliquant l'entérinement partiel ou total d'un document versé aux débats et qui ne vaut comme décision judiciaire que par son introduction jusqu'à concurrence des parties maintenues dans la décision qui intervient. »

recherches, de décisions qui permettent de fixer sur ce point notre opinion.

Si les expressions des décisions judiciaires étaient prises à la lettre et s'il était admis que le jugement est « mis à néant, absolument « inexistant, » la garantie hypothécaire serait enlevée au créancier; il lui serait souvent impossible d'obtenir l'exécution des condamnations prononcées à son profit : « Décider, dit M. Chauveau, que l'hypothèque (1) tombe devant l'opposition, c'est donner une prime à la fraude, encourager le défaut devant la justice, accorder une faveur au débiteur récalcitrant. Le débiteur qui veut éviter l'atteinte de l'hypothèque judiciaire et ménager son crédit laissera prendre défaut; l'hypothèque inscrite ne l'empêchera nullement de trouver un prêteur lequel obtiendra en toute sécurité une hypothèque conventionnelle, du moment où il aura entre les mains l'opposition formée par le débiteur. Il ne servirait à rien en effet de renouveler l'inscription de l'hypothèque judiciaire après la sentence contradictoire. La première inscription étant destituée de toute efficacité par le résultat de l'opposition, l'hypothèque judiciaire ne prendrait rang qu'à la date de l'inscription opérée en vertu du jugement contradictoire. Le succès possible d'une telle combinaison devrait faire hésiter quelque peu ceux que la logique entraîne vers l'annulation de l'hypothèque comme corollaire de la mise à néant du jugement par défaut. »

(1) Note dans *Pand. fr.*, 1898, 2.129.

Il eût été souhaitable que les décisions judiciaires aient fondé leurs sentences sur des raisonnements, des textes, non sur de simples affirmations. Annuler l'hypothèque judiciaire prise en vertu d'un jugement par défaut, c'est, selon nous, méconnaître la raison d'être de cette hypothèque, c'est aller à l'encontre des textes anciens comme des textes actuels. L'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 56) s'exprime ainsi : « Dès lors et à l'instant de la condamnation..... sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et l'exécution du jugement ou arrêt sur lui obtenu. » L'ordonnance de 1667 (titre 35, article 11) est ainsi conçue. « Les jugements rendus par défaut portent hypothèque du jour seulement qu'ils ont été signifiés à ce procureur. » « Si l'opposant, dit Pothier (1), est débouté de son opposition, l'hypothèque doit avoir lieu du jour de la signification de la première sentence rendue par défaut, de même que si on n'y avait pas formé d'opposition. » Enfin, l'article 2123 du Code civil est formel : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut,... . (Code civil, article 2123).

Il suffit donc, semble-t-il, d'un jugement par défaut pour faire naître l'hypothèque judiciaire. Elle n'a pas besoin d'être demandée ni accordée ; elle résulte de plein droit du jugement, et participe en cela de la nature de l'hypo-

(1) Pothier, *Traité d'hypothèque*, chap. 1, art. 2, p. 1188, édition Rogron et Tirbach, Paris, 1835.

thèque légale. Ce n'est pas le juge qui la crée, c'est la loi qui l'accorde au créancier par le seul fait qu'il a pu obtenir un jugement reconnaissant sa créance. Dès que cette dernière a été reconnue en justice, il a droit à la garantie de l'hypothèque sous l'unique condition d'une inscription à prendre. Il en résulte que le sort de l'hypothèque est lié, non à celui du jugement, mais à celui de la créance elle-même. Sans doute le droit du créancier est incertain, litigieux et subordonné à la décision définitive à intervenir, mais il est garanti dès le jugement de défaut par la sûreté de l'hypothèque. Comme la créance elle-même, l'hypothèque ne cesse pas d'exister, elle est seulement subordonnée au jugement qui intervient sur l'opposition. N'admet-on pas d'ailleurs que le jugement portant reconnaissance de l'écriture d'un acte sous seing privé peut servir de base à une inscription d'hypothèque bien que la dette ne soit pas exigible (1).

Pour justifier l'annulation de l'inscription de l'hypothèque judiciaire prise en vertu d'un jugement par défaut, on a dit que la fraude était à craindre du créancier tout autant que du débiteur. Quelles que soient les précautions dont le législateur ait entouré les formalités de l'assignation et de la signification du jugement par défaut, il est possible au créancier de mauvaise foi de soustraire la copie du jugement et de maintenir le défendeur dans l'ignorance

(1) Cass., 3 février 1806.

de la procédure dirigée contre lui. Il faut pour cela supposer un concours de circonstances tout-à-fait anormal : que le débiteur n'ait pas été assigné à son domicile, que l'huissier commis pour la signification du jugement par défaut soit complice du créancier, que la procédure d'exécution ait pu être faite sans que le débiteur en ait été avisé. Une telle dissimulation est pratiquement très rare, le débiteur peut presque toujours s'opposer utilement à l'exécution de la condamnation obtenue contre lui par surprise.

D'autre part, la mauvaise foi du débiteur est très fréquente, celle du créancier s'explique moins aisément. Il prend l'offensive et généralement sa situation est moins précaire que celle du débiteur. Ce dernier reste sur la défensive, parfois il n'hésite pas à user de toutes les ressources offertes par la jurisprudence pour échapper aux poursuites. Enlever au créancier la plus précieuse de ses garanties serait lui causer un préjudice très souvent irréparable.

Saisie-Arrêt

Certains juges ont décidé qu'une saisie-arrêt pouvait être pratiquée en vertu d'un jugement par défaut même non signifié; la saisie-arrêt, disent-ils, est un acte purement conservatoire et la signification ne devient nécessaire

aux termes de l'article 147 du code de procédure civile que lorsqu'il s'agit de l'exécution (1).

D'autres au contraire ont déclaré que le jugement par défaut est dénué de toute valeur légale et n'est pas susceptible d'opposition tant qu'il n'a pas été, par une signification régulière, porté à la connaissance de celui contre qui il a été rendu, la saisie-arrêt pratiquée en vertu d'un tel jugement non signifié est nulle (2).

Quand l'opposition a été formée, la saisie-arrêt peut-elle être pratiquée ? La jurisprudence décide qu'elle ne le peut pas, bien que, d'après elle, un jugement frappé d'appel puisse servir de base à cette mesure. Un jugement du tribunal de la Seine en date du 18 juin 1884 (3) déclare que le jugement par défaut « est un titre auquel le défendeur est complètement étranger, que la loi suppose obtenu par erreur et qui ne peut autoriser contre le défendeur aucune mesure conservatoire qui puisse lui préjudicier, et que la saisie-arrêt peut constituer un préjudice grave pour le saisi, en paralysant les sommes nécessaires pour alimenter son commerce et son industrie. » Refuser au jugement par défaut la faculté de donner naissance à une saisie-arrêt pour de pareils motifs paraît critiquable. Ce jugement sans doute n'offre pas les mêmes garanties qu'un jugement

(1) Bordeaux, 12 juillet 1880, D. P., 80 2.232. Cass., 10 août 1881, D. P., 1882, 1, 307. — Paris, 25 mars 1896, *Pand.*, 897.2.144.

(2) Paris, 24 novembre 1887, D. 88.2.294.

(3) Trib. Seine, 18 juin 1884. *Gaz. Pal.*, 85, suppl. 197.

contradictoire, mais il n'est pas exact de dire que la loi le suppose obtenu par erreur ; le législateur a eu soin de spécifier que les conclusions du demandeur ne lui sont adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (art. 160 du code de procédure civile.)

Le 3 février 1892 (1), la Cour de cassation a décidé qu'une saisie-arrêt ne peut être valablement pratiquée en vertu d'un jugement par défaut frappé d'opposition. La Cour donne pour motifs que l'opposition à un jugement par défaut régulière en la forme a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant le jugement.

Commentant cette jurisprudence qu'il approuve, un auteur ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle est peu logique puisqu'elle donne, sans motif aucun, la solution contraire en cas d'appel. Nous aurions compris que la Cour alléguât que la saisie-arrêt put être considérée comme un acte d'exécution et que l'opposition est suspensive de l'exécution du jugement par défaut ; il nous paraît difficile d'admettre que l'opposition anéantisse le jugement au point que celui-ci soit réputé n'avoir jamais été rendu. Nous aurions préféré voir les tribunaux maintenir ou annuler la saisie-arrêt selon sa nature. On sait en effet qu'elle a donné lieu à de nombreuses controverses. Il ne convient pas de les étudier ici et d'examiner si la saisie-

(1) 3 février 1892, P., 931. 242.

arrêt est un acte conservatoire ou un acte d'exécution. Qu'il nous suffise de dire que la doctrine et la jurisprudence lui attribuent un caractère mixte ; conservatoire au début, elle devient quand elle est validée une véritable exécution. On ne conçoit pas d'ailleurs pourquoi le pouvoir de former une saisie-arrêt a été refusé aux jugements par défaut. Sont-ils plus contestables que les titres privés ? Nous ne le croyons pas, puisque les conclusions du demandeur ne sont allouées que si elles sont reconnues justes et bien vérifiées. Or, aux termes de l'article 557 du code de procédure civile, une saisie-arrêt peut être pratiquée en vertu de titres privés. Un jugement par défaut ne saurait en tous cas avoir moins d'autorité qu'une ordonnance rendue par un seul magistrat. Or, l'article 558 du code de procédure civile permet aux créanciers de pratiquer une saisie-arrêt avec la simple autorisation du juge. Nous verrons plus loin, à propos de la saisie foraine, que certains tribunaux ont eu égard à cette considération.

En ce qui concerne le tiers saisi, il a été jugé que l'opposition formée par lui à un jugement par défaut portant que faute de faire sa déclaration affirmative dans un certain délai, il sera réputé débiteur pur et simple des causes

(1) Toulouse, 1^{er} février 1877, D. P., 1881, 2, 201. Cass., 28 déc. 1880., S. 1881, 1, 115. 10 août 1881, D. P., 1882, 1, 307. 28 déc. 1881, D. P., 1882, 1, 377. — Grenoble, 26 mai 1882, D. P., 1883, 2, 126. Cass., 1^{er} mai 1889, D. P., 1890, 1, 264, S. 1889, 1, 460. 21 mai 1889, S. 1. 1889, 1. 357, D. P., 1889, 1, 367 ; Rousseau et Laisney, V. Saisie-arrêt ; Boitard, Colmet, Daage et Glasson, t. II, n° 815 et 824 ; Garsonnet, t. IV, par. 1463.

de la saisie, paralyse, rend sans effet ce jugement et la déchéance qu'il prononce, si bien que le tiers saisi peut encore faire sa déclaration après l'expiration du délai fixé (1).

Saisie foraine

La Cour de Besançon (2) a admis qu'une saisie foraine, pratiquée en vertu d'un jugement par défaut portant condamnation à des dommages-intérêts frappé d'opposition, devait être maintenue à titre de mesure conservatoire jusqu'à la solution définitive sur le fond. Elle a fait application de l'article 822 du code de procédure civile aux termes duquel la saisie foraine peut être pratiquée avec l'autorisation du juge, sans même que le créancier ait un titre, elle a admis avec raison que le jugement par défaut équivalait au moins à cette autorisation.

L'Opposition et les actes d'exécution

La doctrine et la jurisprudence s'accordent, nous l'avons vu, à reconnaître que les actes d'exécution poursuivis au mépris de l'opposition sont entachés de nullité. En est-il de même des actes d'exécution antérieurs à l'opposition, sont-ils nuls même quand le jugement, qui a permis de les accomplir, est confirmé, sont-ils au contraire valables ?

(1) Paris, 25 mars 1831, S., 31,2,179.

(2) Besançon, 31 déc. 1901, D. P., 1903, 2, 65.

Nous croyons que leur sort est lié à celui de la décision rendue sur l'opposition : ils doivent être rétroactivement validés ou annulés selon que la décision première est maintenue ou rétractée. Nous pensons respecter ainsi le texte et l'esprit de la loi. Les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur cette question nettement posée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1893 (1), a bien annulé un commandement antérieur à l'opposition, mais il y avait eu rétractation du jugement par défaut ; un autre arrêt du 3 février 1892 (2) a prononcé la nullité d'une saisie-arêt, mais elle était postérieure à l'opposition. Un arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1893 (3) a annulé un commandement malgré le maintien par la sentence contradictoire de la condamnation prononcée par défaut, mais la Cour donne surtout pour base à sa décision la violation de l'article 673 du code de procédure civile : le commandement ne contenait pas copie de la sentence contradictoire.

L'Opposition et l'Instance

L'opposition n'a pas pour effet de supprimer radicalement l'instance qui a précédé le jugement par défaut ; aucun doute ne s'est élevé sur ce point, même parmi les partisans de l'anéantissement de la décision par défaut.

(1) Dalloz, 94,1,549.

(2) Dalloz, 92,1 115.

(3) Dalloz, 94,2,301.

Le demandeur ne peut donc, sur l'opposition, assigner à nouveau l'opposant avec les termes de l'assignation originale ; le défendeur à l'opposition étant sans droit pour obtenir sciemment deux condamnations pour une même demande, la seconde procédure est frustratoire, elle doit être déclarée nulle et de nul effet. On ne peut qu'approuver cette jurisprudence ; le demandeur pouvant obtenir condamnation sur l'opposition ne saurait engager deux instances pour le même objet et obtenir deux jugements pour une seule et même condamnation (1). Ce que nous venons de dire ne s'applique naturellement pas au cas où l'opposant est assigné en débouté d'opposition ; il y a là une demande nouvelle. Cette pratique est souvent suivie, notamment en matière commerciale.

Le poursuivant peut avoir intérêt à faire prononcer la nullité ou le rejet d'une opposition sur l'existence ou la validité de laquelle existent des doutes, et on ne saurait lui faire supporter la mauvaise volonté ou la négligence du débiteur qui ne suit pas sur son opposition.

Il a été jugé que l'opposition formée par le père à un jugement de défaut prononçant contre lui la déchéance de la puissance paternelle a pour effet de faire disparaître le jugement mais ne fait pas tomber la procédure qui le précède et qui subsiste tout entière. Par suite, aucune fin de non-recevoir ne peut être tirée contre l'opposant de ce

(1) Trib., Seine, 15 décembre 1900, *Rec. Gaz. trib.*, 1901, 1^{re} Sem., 2,458.

qu'il n'a pas fourni au tribunal l'avis du juge de paix du canton requis en matière d'action en déchéance de puissance paternelle par l'article 4, alinéa 5, de la loi du 24 juillet 1889, avis précédemment donné au cours de l'instance par défaut, alors surtout que l'accomplissement de cette formalité appartient à la diligence du demandeur en déchéance et n'incombe nullement au défendeur (1).

L'opposition n'a pas non plus pour effet de modifier la situation des parties ; le demandeur au principal reste toujours demandeur et le défendeur primitif condamné par défaut qui fait opposition ne cesse pas d'être défendeur à l'action dirigée contre lui. Par exemple, quand un jugement par défaut a prononcé la liquidation et le partage d'une succession et qu'opposition a été formée à ce jugement par un créancier, ce dernier, même s'il a fait, conformément aux prescriptions de l'article 967 du Code de procédure civile, le premier, viser l'original de son exploit, ne peut avoir le droit de diriger la poursuite (2).

En définitive, l'instance ouverte par l'opposition n'est que la continuation de la première (3). Elle n'est que l'accessoire et la dépendance de l'instance dans laquelle est intervenu le jugement par défaut qui, par le fait de

(1) Nancy, 23 novembre 1901, *Gaz. du Pal.*, année 1902, p. 711.

(2) Trib., Limoges, 6 décembre 1901, *Gaz. du Palais*, du 29 mars 1902.

(3) Paris, 31 décembre 1807, S. et P. chr. Trib., Seine, 30 juin 1880 ; Rousseau et Lainey, *Rec. proc. civ.*, 1880, p. 533. Trib., Annecy, 5 janvier 1888, *Monit. jud. Lyon* du 12 mars 1888. Trib. comm., Seine, 18 oct. 1890, *Gaz. Trib.*, du 7 novembre 1890.

l'opposition, a cessé d'avoir l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence a fait de cette règle une application intéressante à propos de la péremption. Par jugement du 18 octobre 1890 le tribunal de la Seine a décidé que la péremption, s'étendant tant à l'instance principale qu'à l'instance sur l'opposition, ne peut être demandée que par le défendeur ; en la réclamant le demandeur atteindrait l'instance qu'il a introduite. Quand un jugement par défaut a été frappé d'opposition, la péremption, s'il y a lieu de la prononcer, s'applique à l'instance tout entière, non à la procédure sur l'opposition seule ; c'est à tort que l'on voudrait considérer l'opposition comme la cause productive, le principe d'une instance nouvelle dirigée contre le jugement par défaut. Ce dernier ne termine l'instance que conditionnellement en tant qu'il ne sera pas suivi d'opposition ; quand elle survient, l'instance reprend existence, rien n'est terminé. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Denizart, au mot péremption, cite un arrêt rendu par le parlement de Paris le 2 avril 1727 : « Il fut jugé, dit-il, que la péremption anéantissait non seulement l'opposition formée dans la huitaine à une sentence par défaut, mais qu'elle anéantissait tant la sentence et la procédure que la demande, tant il est vrai que l'opposition continue l'instance et n'en crée pas une nouvelle. » Plusieurs arrêts ont été rendus dans ce sens. Il a été décidé notamment qu'un tribunal ne peut déclarer l'instance sur opposition périmée pour discontinuation de poursuites et

par suite attribuer au jugement par défaut frappé d'opposition l'autorité de la chose jugée ; la péremption doit s'étendre à l'instance principale comme à celle qui suit l'opposition (1).

Par application du même principe, il a été jugé que l'avoué, après sa constitution, est tenu d'occuper jusqu'à la fin de l'instance, à moins qu'il ne soit révoqué. On sait qu'aux termes de l'article 1038 du Code de procédure civile l'avoué qui a occupé dans les causes où il est intervenu des jugements définitifs est tenu d'occuper sur l'exécution de ces jugements sans nouveaux pouvoirs pourvu qu'elle ait lieu dans l'année du prononcé de ces jugements. A plus forte raison, l'avoué sera-t-il tenu d'occuper sans nouveaux pouvoirs dans une instance qui suit l'opposition à un jugement par défaut rendu à sa requête ; cette instance n'étant que la continuation de la précédente (2). Il en serait ainsi alors même que l'avoué déclarerait n'avoir plus ni pouvoirs, ni pièces s'il n'a pas été expressément révoqué (3).

Nous venons de voir que le maintien ou l'anéantissement du jugement par défaut a donné lieu à de grandes controverses. Si le nombre des décisions judiciaires favo-

(1) Cass., 23 octobre 1810, 27 avril 1825. — Toulouse, 12 décembre 1821. — Paris, 23 juillet 1826. Dalloz, *Rep.*, v. Péremption, n° 314 et suiv.

(2) Cass., 1^{er} août 1810, S. chr. ; Carré, quest. 1297 ; Rousseau et Laisney, avoué, n° 321.

(3) Paris, 31 décembre 1807. S. et P. chr. Trib. Annecy, 5 janvier 1888, *Monit. jud.*, Lyon, 12 mars 1888.

rise la théorie de l'anéantissement, la jurisprudence, nous l'avons fait remarquer, n'a pas été jusqu'aux extrêmes conséquences de son système.

La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer de façon définitive. Elle emploie sans doute à différentes reprises l'expression d'anéantissement, mais on peut croire que le mot a dépassé la pensée des rédacteurs. Il n'est pas à notre connaissance qu'elle ait, notamment annulé un acte conservatoire accompli avant l'opposition. Cette incertitude sera prochainement dissipée ; les partisans du système exposé pourront citer à l'appui de leur opinion un arrêt où la Cour de cassation aura examiné la question très-nettement posée.

L'arrêt de la Cour d'Aix du 22 novembre 1907 que nous avons cité a été en effet déféré à la Cour de Cassation, il est à l'examen de la chambre civile. Nous rappelons que cet arrêt a confirmé un jugement par défaut admettant la validité d'une inscription d'hypothèque judiciaire prise en vertu de ce jugement antérieurement à l'opposition.

Nous devons à l'obligeance de M. Poupardin conseiller à la Cour de cassation chargé de faire le rapport sur l'admission du pourvoi d'avoir pu prendre connaissance de son travail. Le pourvoi est basé sur « la violation du principe que l'opposition à un jugement par défaut a pour effet de remettre les parties au même état qu'avant le jugement et la fausse application des articles 455, 459, 461 du code de Procédure civile et 2123 du code civil en ce que

l'arrêt attaqué a admis la validité d'une hypothèque judiciaire à la date d'un jugement de défaut frappé ultérieurement d'opposition. » Monsieur le conseiller rapporteur, après avoir examiné l'argumentation du pourvoi, rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1880, qui, dans des termes très catégoriques, déclare que l'opposition formée à un jugement de défaut ayant été rejetée, l'hypothèque prise en vertu de ce jugement a subsisté. Puis il ajoute que s'il consultait son sentiment personnel, il serait contraire au pourvoi et très disposé à faire siens les arguments de la décision déferée à la Cour. Il propose néanmoins l'admission de la requête à raison de la contradiction qui paraît exister entre l'arrêt de la chambre civile du 17 mars 1880 et d'autres arrêts postérieurs de la même chambre (6 mai 1889, 3 février 1892, 31 août 1893. L'éminent rapporteur fait observer à ce sujet que la contradiction est plus apparente que réelle, les arrêts cités ne portant pas sur les espèces relatives à la validité d'inscriptions hypothécaires. Il conclut, sans contester la possibilité d'une conciliation entre les arrêts de la chambre civile, qu'il appartient à cette chambre, de fixer les termes dans lesquels cette conciliation doit s'effectuer.

Sans préjuger de la décision de la chambre civile, il n'est peut-être pas téméraire, étant donnés l'esprit et les termes du rapport de M. le Conseiller Poupardin, de penser que la théorie de l'anéantissement sera abandonnée par la jurisprudence. Un autre pourvoi, relatif à une

semblable question, vient d'être porté à la chambre des requêtes ; la Cour de cassation aura donc à se prononcer deux fois sur ce point à des dates très rapprochées ; l'orientation de la jurisprudence sera donc bientôt fixée.

SECTION II

Effets particuliers

Nous avons jusqu'ici étudié les effets généraux de l'opposition ou effets qui se produisent toujours ; nous allons examiner maintenant les effets particuliers ou effets qui n'ont lieu que dans certains cas.

L'effet de l'opposition relativement à l'appel ne se produit par exemple que dans le cas où l'opposition est formée à un jugement rendu en premier ressort. C'est donc un effet particulier de l'opposition. L'exécution provisoire et la péremption d'un jugement par défaut dans leur rapport avec l'opposition doivent aussi être étudiées dans ce chapitre.

§ 1. — L'OPPOSITION ET L'APPEL

Aux termes de l'article 455 du Code de procédure civile les appels des jugements susceptibles d'opposition ne sont point recevables pendant la durée du délai de l'opposition. Ce principe s'applique aux jugements par défaut faute de

conclure aussi bien qu'aux jugements par défaut faute de comparaître ; il ne s'applique cependant pas aux jugements contradictoires mal à propos qualifiés de jugements par défaut. L'article 643 du Code de commerce déroge toutefois à cette disposition ; on peut, en matière commerciale, interjeter appel des jugements par défaut avant l'expiration du délai de l'opposition.

De l'article 436 du Code de procédure civile et de la règle : « *electa una via, non datur recursus ad alteram* », on a déduit qu'après avoir choisi la voie de l'opposition contre un jugement par défaut, la partie ne peut interjeter appel de ce jugement tant que l'opposition n'a pas été jugée (1). L'opposition régulière a donc pour effet de suspendre le délai d'appel jusqu'à ce qu'il ait statué sur cette opposition (2).

Mais la partie qui a formé opposition ne peut-elle pour éviter d'attendre la solution de l'instance se désister et prendre la voie de l'appel ? La jurisprudence et la doctrine sont divisées. La Cour de Lyon a soutenu la négative le 24 décembre 1810. Elle a décidé que le droit d'opposition est accordé par la loi comme le moyen qui doit être employé et non pour qu'on ait le choix de prendre cette voie ou d'interjeter appel ; la voie de l'appel n'étant accordée que comme une ressource extrême dans la

(1) Lyon, 14 décembre 1810 ; Tissot (P. chr.). — Metz, 30 avril 1813. (P. chr.). — Rennes, 24 novembre 1829 ; Brunel (P. Chr.).

(2) Cass., 26 juillet 1898. D. 99, I, 141 ; Garsonnet, v. p. 457, par. 1053, n° 1.

présomption que la partie condamnée n'a pu fournir à temps ses moyens d'opposition (1). Certains auteurs partagent cette opinion (2).

Les deux voies de recours ne peuvent sans doute être cumulées; mais si l'opposition est abandonnée par un désistement formel l'effet de la procédure commencée est anéanti, il ne peut plus y avoir cumul et l'appel devient possible (3). Ce système qui nous paraît préférable est soutenu par MM. Chauveau, Rousseau et Laisney.

Il faut toutefois, pour que l'appel soit recevable à la suite du désistement, que les délais d'opposition soient expirés et que le désistement ait été accepté par la partie adverse. La fin de non recevoir tirée de l'article 453 du Code de procédure civile est d'ordre public, le délai d'opposition a été imposé aux parties, dans leur intérêt, même malgré elles. Le défaillant ne pourrait donc pas, pour abréger le délai, former opposition, puis se désister. Cet expédient ne pourrait être admis.

L'opposition doit pour produire les effets que nous venons d'indiquer, être régulière (4). Il a été jugé que l'appel serait recevable si l'opposition ayant été formée par acte extra-judiciaire n'avait pas été réitérée par requête dans

(1) Lyon, 14 décembre 1810. — Grenoble, 19 mars 1825 ; Reygnier (P. chr.).

(2) Carré 157 ; Garsonnet, t. V, p. 492, par. 1060 et 1061.

(3) Angers, 5 mai 1830, S. 31,2,85. — Poitiers, 31 déc. 1830. — Juigné, (P. chr.).

(4) Rousseau et Laisney, v. Appel, n° 23.

la huitaine avec constitution d'avoué, contrairement aux prescriptions de l'article 162 du Code de procédure civile (1) ou si l'opposition avait été formée contrairement aux prescriptions formelles de l'article 160 de ce Code, par exemple par acte extra-judiciaire, alors qu'il s'agissait d'un jugement de défaut contre avoué (2) ou si elle avait été formée tardivement (3).

Le jugement par défaut auquel opposition a été formée doit aussi être susceptible d'opposition, Ainsi, alors même qu'une partie condamnée par un jugement de défaut profit-joint aurait formé opposition avant la signification du jugement, la signification une fois faite aurait pour conséquence de permettre à la partie condamnée d'interjeter appel (4).

Quand l'exécution provisoire a été ordonnée, la possibilité de l'opposition interdit-elle encore la voie de l'appel? La question a été résolue de différentes manières.

Il a été jugé parfois que la partie condamnée a le droit dans ce cas d'aller directement et sans délai devant le juge d'appel pour échapper aux conséquences de l'exécution ordonnée (5). Cette opinion ne paraît pas avoir prévalu.

1) Paris, 7 nov. 1813 (P. chr.).

(2) Chambéry, 7 déc. 1874 (D. 78,5,36).

(3) Grenoble, 10 février 1858. Sous Cass., 11 juin 1860 (D. 61,1,125). — Grenoble, 25 mars 1898, D. 1900, 2, 43.

(4) Poitiers, 31 octobre 1830 (P. chr.).

(5) Paris, 27 juin 1810 (S. et P. chr.). — Turin, 14 déc. 1813, *J. des av.*, t. XII, p. 643.

Eodem sensu : Carré, quest. 1641. Coffinières.

L'article 455 du code de procédure civile ne fait aucune distinction, il est conçu en termes généraux et absolus, il interdit d'interjeter appel, dans les délais d'opposition, de la disposition d'un jugement relative à l'exécution provisoire aussi bien que de ses autres dispositions (1).

Peu importe que le jugement par défaut exécutoire nonobstant opposition et appel ait été signifié et suivi d'un commandement.

Le jugement de défaut-congé est soumis, lui aussi, à la règle de l'article 455 du Code de procédure civile, la possibilité d'opposition rend l'appel irrecevable.

Quand deux jugements ont été rendus, l'un par défaut, l'autre de débouté d'opposition, on se demande si l'appel doit porter sur les deux jugements ou sur un seul et dans ce cas, sur lequel des deux. C'est une question très controversée en doctrine et en jurisprudence. La solution varie, selon nous, suivant l'adoption du système qui suspend seulement l'exécution du jugement par défaut ou de celui qui anéantit ce jugement. Ils ont été exposés.

Admet-on que le jugement rendu sur opposition ne fait que maintenir et s'approprier les condamnations prononcées par la première décision, le jugement par défaut pourra seul être frappé d'appel.

(1) Cass., 17 juin 1817 (S. et P. chr.) — Metz, 30 juin 1811 (*J. des av.*) t. III, p. 201). — Turin, 20 mars 1812 (S. et P. chr.). Montpellier, 23 juillet 1855, D. 56,2,135.

(2) Cass., 25 juin 1811 (S. et P. chr.). — Bourges, 3 août 1811 (S. et P.

Admet-on, au contraire, que l'opposition a pour effet d'anéantir le jugement par défaut, c'est le jugement rendu sur opposition qu'il faudra frapper d'appel. Ce dernier est le seul valable entre les parties, pour fixer et délimiter les intérêts en litige (1).

Entre ces deux systèmes s'en place un troisième. Il distingue si l'opposition a été repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la forme sans ordonner exécution du jugement par défaut ou si l'opposition déclarée recevable en la forme a été repoussée comme mal fondée. Il n'est pas nécessaire dans le premier cas d'attaquer par l'appel le second jugement puisque le premier seul subsiste ; il est nécessaire dans le second cas d'attaquer le jugement de débouté d'opposition puisqu'il a été substitué au jugement par défaut et puisqu'il a statué sur le fond (2).

Dans l'état de la jurisprudence, il est plus sûr actuelle-

chr.). — Rennes, 19 nov. 1813 (P. chr.) — Poitiers, 4 mai 1824 (S. et P.). — Rouen, 30 déc. 1908 (*Gaz. Pal.* 1909, 1, 436).

(1) Cass., 7 déc. 1841 (*J. des avoués*, t. LXII, p. 113), 20 août 1850. (*Journ. des avoués*, t. LXXVI, p. 249). — Bordeaux, 30 novembre 1827 (S. et P. chr.) — Caen, 12 mai 1847 (*Journ. des avoués*, t. LXXII, p. 592). — Toulouse, 28 janvier 1853 (*Journ. des av.*, t. LXXVIII, p. 189). — Douai, 12 mars 1857. Rec. Douai, 57,142). — Sic : Chauveau sur Carré, quest. 1645 ; Bioche, v. Appel. — Paris, 7 avril 1905. *Mon. Huissiers*, 1905, p. 208. — Dutruc, Suppl. sur Carré et Chauveau. V. appel des jug. des trib. civ., n°s 72 et 73.

(2) Cass., 25 juin 1811, précité, 25 avril 1881 (D. 82,1,155. S. 81,1,406). Douai, 29 mars 1852 (Rec. Douai, 52,226). — Saintes, 20 mars 1906 (non publié) Douai, 31 juillet 1909. *Gaz. Pal.*, 11 avril 1910). Sic : Merlin, quest. de dr., V. Appel Carré, quest. 1645. Coffinières. Encycl. du dr., V. Appel. Rousseau et Laisney ; Bonfils. *Traité élém. d'organis. judiciaire et de procédure*, n° 1378.

ment d'interjeter appel des deux jugements, du jugement rendu par défaut et de celui qui l'a suivi.

L'opposition et l'appel ne peuvent frapper en même temps la même sentence. Il est nécessaire que le délai fixé pour l'opposition soit expiré pour que l'appel soit recevable. Les deux parties subissent le délai d'opposition ; une décision ne peut être déférée à la juridiction supérieure quand elle peut être rétractée par la juridiction qui l'a rendue par la voie de l'opposition.

Le plaideur qui a obtenu le jugement par défaut n'est donc pas recevable à interjeter appel de ce jugement tant que les délais d'opposition ne sont pas expirés ; cette règle est applicable à la partie défaillante comme à la partie qui a obtenu le jugement (1). L'article 455 du Code de procédure civile formule cette règle en proscrivant tout appel pendant la durée de l'opposition sans distinguer entre les parties.

Quand deux parties ont été condamnées ensemble par défaut, il peut arriver que l'une forme opposition, que l'autre, au contraire, attende que l'opposition ne soit plus recevable et interjette appel. Cet appel est valable, bien que l'opposition de l'une des parties soit pendante ; celle qui a formé appel ne peut être déclarée non recevable et tenue de se joindre à l'opposition de son co-défendeur ; la situation des deux parties est indépendante, la fin de non-

(1) Limoges, 1^{er} février 1812. D. *Rép.*, v. Appel, n° 1075. — Agen, 6 juillet 1812. D. *Rép.*, v. Expert., n° 24.

recevoir opposée à l'appel de l'une, ne peut faire écarter l'appel de l'autre (1).

Lorsque deux jugements, l'un contradictoire, l'autre par défaut sont liés de telle façon que l'appel ne peut être interjeté contre le premier, sans l'être en même temps contre le second, la possibilité ou la formation de l'opposition n'interdisent pas l'appel. Si l'on suppose par exemple qu'un premier jugement ait statué contradictoirement sur la compétence du tribunal et qu'un second ait statué par défaut sur le fond, l'appel de celui-ci peut immédiatement être interjeté; si même le plaideur a l'intention de contester la compétence du tribunal qui a statué, il devra faire appel; en faisant opposition, il reconnaîtrait implicitement la compétence, et l'appel du jugement qui a statué sur ce point serait rendu irrecevable (2).

L'exemple qui suit montre que, dans certains cas, un appel peut être interjeté alors qu'une opposition est encore pendante : un jugement interlocutoire a statué contradictoirement, le fond a été jugé par un jugement par défaut; une opposition encore pendante a été formée contre ce dernier; les deux jugements peuvent cependant être frappés d'appel. L'infirmité du premier entraîne nécessairement

(1) Limoges, 1^{er} février 1812. *D. Rép.*, v. Appel, n° 1075. — Agen, 6 juillet 1812. *D. Rép.*, v. Expert, n° 24.

(2) Carré, t. IV, quest. 1640; Rodière, t. II, p. 92. — Nancy, 10 janv. 1812. *D. V. Appel*, n° 1073. — Metz, 30 août 1821, *D. A. v. cit.* n° 258. — Bordeaux, 31 déc. 1832, *D. A. v. cit.*, n° 1072. — Rennes, 21 janvier 1848, *D. P.*, 50,1,132. — Nancy, 4 juin 1859, *D. P.* 61,5,26.

celle du second et la solution contraire aurait des conséquences fâcheuses. La Cour saisie d'un appel portant seulement sur l'interlocutoire ne pourrait, même en infirmant, évoquer le fond encore en suspens sur l'opposition, elle devrait renvoyer l'examen du fond devant un autre tribunal, de sorte que deux tribunaux se trouveraient en même temps saisis de la question.

§ 2. — L'OPPOSITION ET L'EXÉCUTION PROVISOIRE

L'exécution provisoire, nonobstant opposition du jugement par défaut, peut être accordée par les juges lorsqu'il y a péril en la demeure et sur la requête de l'intéressé.

Il nous paraît hors du sujet de déterminer ici les caractères et les conditions de l'exécution provisoire. Qu'il nous suffise de faire remarquer qu'il s'agit ici uniquement de l'exécution prévue par l'alinéa deux de l'article 155 du Code de procédure civile, non de celle prévue par le premier alinéa.

L'un spécifie que l'exécution pourra être ordonnée, nonobstant l'opposition, l'autre que l'exécution pourra avoir lieu avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à personne ou domicile s'il n'y a pas eu constitution d'avoué ; dans ce dernier cas, l'opposition est néanmoins suspensive de l'exécution.

(1) Chambéry, 7 déc. 1874, D. P. 78,5,36. Garsonnet, t. VI, n° 2279.

L'opposant à un jugement déclaré exécutoire nonobstant opposition peut, nous l'avons vu, avant la décision sur le fond, demander au tribunal de rétracter la disposition relative à l'exécution provisoire. Cette dernière n'est d'ailleurs pas arrêtée par le fait de l'opposition, le chef de l'exécution provisoire peut seulement être discuté et rapporté avant le jugement sur le fond.

L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée pour la première fois par le jugement rendu sur l'opposition ?

La solution de cette question a été donnée au chapitre de l'anéantissement du jugement par défaut.

Il nous paraît intéressant d'examiner ici les deux points suivants : 1° la permission accordée par le tribunal d'exécuter un jugement par défaut avant l'échéance de la huitaine de la signification emporte-t-elle virtuellement celle d'exécuter nonobstant opposition ? 2° à l'inverse, l'exécution provisoire accordée nonobstant opposition comprend-elle implicitement la faculté d'exécuter dans les huit jours de la signification ?

Dans le premier cas, l'opposition conserve, selon nous, son effet suspensif. Le tribunal a pu, en raison de l'urgence, permettre au poursuivant avant l'expiration du délai de huitaine qui suit la signification, il n'a pas manifesté sa volonté de faire échec à l'effet suspensif de l'opposition. Cette conséquence doit d'autant moins être supposée, comme le fait remarquer M. Garsonnet, que les conditions d'exécution provisoire, nonobstant opposition

sont plus rigoureuses que celles de l'exécution avant l'échéance de la huitaine qui suit la signification.

La première peut être ordonnée seulement s'il y a péril en la demeure, la deuxième peut l'être dans tous les cas d'urgence.

Dans le deuxième cas, nous pensons encore que l'opposition arrête l'exécution quand elle est poursuivie pendant la huitaine de la signification du jugement exécutoire nonobstant opposition. Si le plus doit emporter le moins, il ne faut pas cependant dépasser la pensée du juge qui a ordonné l'exécution provisoire nonobstant opposition et lui faire dire qu'il a voulu voir se produire l'exécution du jugement sans délai.

L'exécution provisoire doit d'ailleurs, pour produire effet malgré l'opposition, être expressément autorisée par une disposition spéciale ; en l'absence de cette disposition, les poursuites sont suspendues par l'opposition et la continuation doit en être ordonnée (1).

La loi ne fixe pas l'effet de l'opposition quand l'exécution provisoire a été régulièrement ordonnée et poursuivie plus de huit jours après la signification du jugement.

« L'opposition formée dans les délais et les formes prescrites suspend l'exécution si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition. »

On doit donc déduire de l'article 159 du Code de procé-

(1) Paris, 17 déc. 1887, *Journ. des avoués*, 1888, p. 141.

dure civile qui vient d'être cité que l'opposition ne suspend pas l'exécution provisoire ; elle peut être commencée ou continuée sans avoir égard à l'opposition qui n'aura pas d'autre effet que de saisir le tribunal et de rouvrir l'instance. La doctrine n'a pas traité cette question. Aucun auteur ne se l'est adressé, « nous devons avouer, dit « Chauveau, que c'est là, non plus seulement du doute « pour nous, mais une complète indécision. » L'interprétation donnée nous paraît conforme au désir du législateur ; le texte aurait dû cependant être plus complet et plus précis.

§ 3. — L'OPPOSITION ET LA PÉREMPTION

La partie qui a obtenu un jugement par défaut faute de comparaître, ne peut l'exécuter quand il lui plaît. On sait que la loi a fixé d'une part un délai avant l'expiration duquel l'exécution ne peut commencer, d'autre part, un délai avant l'expiration duquel l'exécution doit, au contraire, être accomplie. L'article 156 du Code de procédure civile a prescrit qu'un jugement par défaut faute de comparaître doit être exécuté dans les six mois de son obtention. Il est sanctionné par la prescription du jugement obtenu.

La règle établie par l'article 156 du Code de procédure civile cesse d'être applicable lorsque l'exécution dans les

six mois devient impossible au gagnant (1). Il en résulte que l'opposition rendant impossible l'exécution interrompt la péremption. Elle ne peut être invoquée par le défaillant lorsque, dans les six mois de l'obtention du jugement, il a formé opposition (2). Il serait en effet illogique de reprocher au gagnant une inertie légalement imposée par le défaillant. Il a été jugé en particulier que lorsque sur un commandement itératif, il va être procédé à la saisie des meubles du débiteur en vertu d'un jugement par défaut et qu'une opposition de la part de ce débiteur forme un obstacle légal à la continuation des poursuites, le jugement doit être déclaré exécuté au vœu de l'article 159 du Code de procédure civile. L'article 159 dit en effet que le jugement est réputé exécuté lorsqu'il y a un acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution a été connue de la partie défaillante (3).

De même le jugement par défaut doit être réputé exécuté lorsque sur un commandement adressé au débiteur, celui-ci a déclaré former opposition au jugement et a ainsi

(1) Caen, 24 avril 1811, S. et P. chr. — Limoges, 24 janvier 1816, S. et P. chr. — Orléans, 22 juin 1820, P. chr. — Limoges, 23 avril 1828, D. *Rép.*, V. Jugement par défaut, n° 383. — Agen, 25 janvier 1834, S. 1834, 2, 344. — Lyon, 11 juillet 1872, 2, 204. — Trib. Narbonne, 10 février 1898, *Monit. jud.* Lyon, 18 mars 1898, etc. etc.

(2) Lyon, 4 septembre 1810, S. et P. chr. Limoges, 24 janvier 1816. — Orléans, 21 juin 1820 précités. — Paris, 22 janvier 1858, *Journ. trib. comm.*, 1858, p. 117. Trib., Narbonne, 4 novembre 1886, *Journ. des Avoués*, 1887, p. 66, 10 février 1898 précité.

(3) Trib. Narbonne, 10 février 1898, précité.

arrêté la saisie, surtout si le débiteur a apposé sa signature au bas de l'exploit constatant ce fait (1).

De même encore, la comparution par le défendeur, devant le juge commissaire nommé par un jugement par défaut pour recevoir un interrogatoire avec déclaration qu'il comparait pour former opposition à ce jugement, a pour effet d'interrompre la péremption (2).

Il a été décidé toutefois qu'un jugement par défaut n'est pas réputé exécuté, par une signification faite avec commandement, alors même qu'au bas de cette signification le défaillant aurait manifesté l'intention de former opposition ou d'appeler (3). Nous touchons ici à l'opposition irrégulière que nous avons étudiée précédemment.

Est-il besoin d'ajouter que l'opposition, même régulière, n'aurait pas pour effet d'interrompre la péremption si elle avait été formée après l'expiration du délai de six mois. Le créancier ne pourrait évidemment dans ce cas se prévaloir de l'opposition et le jugement serait réputé non venu.

SECTION III

L'opposition et les tiers.

En principe, l'opposition ne produit d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'ont formée. Si le jugement par défaut a été

(1) Agen, 25 janvier 1834, précité.

(2) Limoges, 23 avril 1828, précité.

(3) Limoges, 11 août 1821 (S. et P. chr.).

rendu contre deux ou plusieurs parties, qu'une seule d'entre elles forme opposition et que le jugement soit rétracté, les parties qui n'ont pas usé de la voie de recours ne peuvent se prévaloir de cette rétractation. Il en est de même, par exemple, de la déchéance encourue par l'une d'elles résultant d'un acquiescement ou d'une exécution ; elle ne peut être opposée aux autres. C'est une application de la règle : *jura vigilantibus subveniunt* (1).

Trois exceptions cependant y sont apportées : en matière d'indivisibilité, de garantie et de solidarité. L'opposition valablement formée par une des parties profite alors aux autres.

§ 1^{er}. — L'OPPOSITION ET L'INDIVISIBILITÉ.

Il ne convient pas de définir ici l'indivisibilité et de reprendre la distinction classique entre ses caractères et ceux de l'indivision. Il nous suffira de rappeler qu'en définitive l'indivision n'est qu'une situation de fait par suite de laquelle sont maintenus en administration et jouissance commune des intérêts qui la plupart du temps peuvent être facilement divisés et qui apparaissent en réalité fractionnés suivant la part déterminée des intéressés, tandis que dans l'indivisibilité au contraire il est impossible d'arriver à ce

(1) Nîmes, 12 février 1807, S. et P. chr. — Limoges, 20 février 1810, S. et P. chr. ; Bioche, v. Jugement par défaut, n° 308 ; Garsonnet, t. V, par. 1056, p. 486.

fractionnement, d'apercevoir autre chose qu'un seul et unique intérêt, de telle sorte que les intéressés ne forment qu'une seule et même partie, se représentent en justice les uns les autres et conservent mutuellement leurs droits. Il s'en suit qu'en cas d'indivision, l'opposition ne produit d'effet qu'à l'égard de la partie qui l'a formée ; qu'en cas d'indivisibilité elle profite au contraire à toutes les parties. L'effet de l'opposition est alors absolu, tant à raison du caractère même de la dette que de l'impossibilité d'arriver contre toutes les parties à l'exécution du jugement suspendue par l'opposition. Parfois l'indivision et l'indivisibilité se trouvent réunies ; par exemple un fonds appartient à plusieurs propriétaires indivis, une servitude grève le fonds. Si elle est établie par un jugement par défaut rendu contre les propriétaires, l'opposition formée par l'un d'eux profite aux autres, l'exécution de ce jugement contre l'une des parties ne rend pas irrecevable l'opposition formée par les autres.

La jurisprudence ne s'étant prononcée que dans des espèces communes à l'indivisibilité et à la garantie, nous sommes amenés à traiter en même temps ces matières.

§ 2. — L'OPPOSITION ET LA GARANTIE.

La jurisprudence décide que l'opposition formée par le garant à un jugement qui l'a condamné par défaut et qui a condamné contradictoirement le garanti remet en ques-

tion l'action principale en même temps que l'action en garantie quand il existe entre elles un lien nécessaire de dépendance et de subordination. Pour qu'il y ait indivisibilité, il n'est pas nécessaire que les deux instances soient engagées entre les mêmes parties et aient leur cause dans le même contrat : il y aurait alors identité ; pour que les instances soient indivisibles, il suffit qu'il y ait entre elles un lien de subordination tel que la solution de l'une dépende de celle de l'autre. Par exemple, une demande en dommages-intérêts formée pour déchets de marchandises par un expéditeur contre une Compagnie de chemin de fer, qui en appelle une autre en garantie, est suivie d'un jugement de condamnation statuant par défaut avec une Compagnie et contradictoirement avec l'autre. Il est évident que si, sur l'opposition formée par la Compagnie défaillante, il est établi que le déchet est imputable à l'expéditeur, la condamnation devra être rapportée tant pour l'une que pour l'autre des parties ; l'opposition remet donc en question même la condamnation contradictoire (2).

(1) Cass., 11 mai 1830, D. P., 1830, 1, 237 ; 12 avril 1843, D. P. 1843, 1, 301. — Cass., 5 avril 1876, 13 juin 1876, D. P., 1879, 1, 31. — Bordeaux, 23 nov. 1885, *Journal arr. Bordeaux*, 1886, p. 3. Trib. comm., Nantes, 5 déc. 1888. — Lyon, 25 juin 1896. En sens contraire, Paris, 17 déc. 1849, D. P. 52, 1, 179 ; Chauveau sur Carré, quest. 1581, notes, nos 1 à 8.

(2) Y a-t-il lieu en ce cas à jugement de défaut profit-joint conformément à l'article 153 du C. de pr. civ. ? La doctrine est à peu près unanime pour repousser l'application de ce texte. La jurisprudence est très divisée dans le sens de l'application de l'art. 153 : Rennes, 9 juill. 1851. — Nîmes, 26 janvier 1852. — Limoges, 16 février 1852, D. P. 52, 2, 191. — Cass., 28 oct. 1896, D. P. 97, 1, 372. — En sens contraire : Rennes, 16 juill. 1812. — Toulouse,

Il en est ainsi, en particulier, dans l'hypothèse où un prêteur à la grosse sur un navire ayant actionné en remboursement l'armateur de ce navire, celui-ci a formé contre le prêteur pris comme porteur des connaissements des marchandises chargées, une demande reconventionnelle en règlement d'avaries communes, suivie immédiatement d'une demande en intervention forcée contre les assureurs, lorsque le tribunal incompétent saisi de l'action en règlement d'avaries a rendu un jugement contradictoirement entre le prêteur à la grosse et l'armateur et par défaut à l'égard des assureurs (1).

Cette règle est applicable au cas de garantie simple, comme au cas de garantie formelle ; elle est la conséquence soit du lien judiciaire que l'instance et le jugement même ont établi entre les parties et qui ne permet plus de procéder divisément contre elles, soit des rapports de droit qui existent entre le garanti et le garant, et qui autorisent ce dernier non seulement à proposer, dans le nouveau débat ses moyens particuliers de défense contre le garanti, mais encore à faire valoir, dans un intérêt nécessairement commun au garanti et à lui-même, les exceptions qui repoussent la demande principale. Elle est basée sur l'article 182 du Code de procédure civile qui

10 août 1842. — Lyon, 14 mai 1851. — Bourges, 13 décembre 1851. D. P. 52, 2, 192. — Nancy, 18 mai 1872. D. P. 73, 2, 103. — Alger, 30 mai 1892. D. P. 94, 2, 50. — Dijon, 5 juin 1907. D. P. 1907, 2, 300.

(1) Bordeaux, 23 novembre 1885, *Journ. arr.*, *Bordeaux*, 86, p. 3.

donne au garant le droit de prendre fait et cause du garanti.

Il a été jugé aussi que le garant peut, en même temps qu'il forme opposition au jugement rendu par défaut contre lui au profit du garanti, conclure vis-à-vis du demandeur principal, bien qu'entre celui-ci et le garanti le jugement ait été contradictoire et souverain, à des dommages-intérêts basés sur le préjudice que le demandeur lui a fait éprouver en exagérant sa demande et en augmentant ainsi sans droit les conséquences de la garantie (1). Dans cette espèce la condamnation principale se trouvait remise en question, non dans les rapports du demandeur et du défendeur originaire entre lesquels elle était, au contraire, maintenue, mais dans ceux du demandeur originaire et du garant au profit duquel cette condamnation était soumise à une appréciation nouvelle, à l'effet d'obtenir, par voie de dommages-intérêts, l'étendue de la garantie.

Il n'est pas nécessaire que l'opposition ait été signifiée par le garant au créancier, il suffit qu'elle ait été signifiée au garanti et contre-dénoncée par lui au créancier, si d'ailleurs elle porte sur tout le litige. Dans tous les cas, le demandeur principal n'est plus recevable à exciper, en appel, de ce que l'opposition ne lui aurait pas été directement signifiée par l'opposant, alors qu'au lieu de proposer cette exception en première instance, il a plaidé au fond,

1. Cass., 3 mai 1858. Ch. civ., D. 1858. I. 216.

ou même conclu à ce que l'opposition fût reçue en la forme (1).

En cas d'indivisibilité l'opposition, qui profite non seulement à celui qui l'a formée, mais encore au co-intéressé, peut également nuire à celui-ci. Par exemple, si le jugement rendu à la suite de l'opposition aggrave la condamnation portée, par le jugement par défaut, les co-débiteurs auront à supporter les conséquences de cette aggravation.

Il en serait autrement dans le cas où l'instance serait divisible.

C'est ainsi que, si deux conjoints ont été, l'un condamné, l'autre mis hors de cause par défaut, l'opposition formée par l'époux condamné seul ne peut modifier la situation de l'autre. Le tribunal de la Seine, a fait de cette règle une récente application : « Attendu, dit le tribunal, en ce qui
« touche l'opposition du sieur Ricoy qui avait seul, en
« espèce, intérêt à ne point laisser subsister la condamna-
« tion prononcée contre lui, qu'il ne peut être soutenu que
« par son seul effet, le jugement se trouve complètement
« anéanti jusques et y compris la partie concernant la dame
« Ricoy ; qu'il est de règle en effet que l'opposition ne
« profitant qu'à celui qui l'a formée, celle-ci ne peut avoir
« pour conséquence de modifier la situation de la partie qui
« ne s'y est pas associée et accepte par cela même le jugement

(1) Cass., 12 avril 1843. S. 1843, 1, 686. — Pau, 22 novembre 1869. S. 2, 251.

« qui lui est favorable ; qu'il en serait autrement que si l'instance était indivisible, ce qui n'était pas le cas puisqu'elle pouvait être dirigée soit contre les deux époux, soit contre chacun d'eux séparément. »

Cette règle s'applique alors même que la partie défenderesse aurait été mise en cause par ajournement et aurait déposé des conclusions sur l'exception : pour qu'il y ait contrat judiciaire et que le tribunal soit régulièrement saisi, il serait nécessaire que les conclusions aient été posées sur le fond (1).

§ 3. — L'OPPOSITION ET LA SOLIDARITÉ

On sait qu'il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité et que le paiement, fait par un seul, libère les autres envers le créancier (art. 1200 du Code civil).

La solidarité entraîne diverses conséquences, tant au point de vue des rapports du créancier et des débiteurs solidaires que des rapports des débiteurs entre eux. Nous n'avons à examiner ici que les conséquences relatives à l'exercice des actions en justice. On connaît la théorie de la représentation réciproque entre codébiteurs érigée par la doctrine, admise par un grand nombre d'auteurs et de

(1) Trib. civ. Seine, 23 mars 1909. D. P. 1907, 2, 281.

décisions judiciaires. Cette idée domine aujourd'hui la jurisprudence ; il n'en a pas toujours été ainsi et pendant longtemps les décisions judiciaires n'ont pris pour base que les principes fondamentaux de la solidarité : l'unité d'objet, la pluralité de liens. Il a été jugé notamment que lorsque deux co-obligés solidaires ont été actionnés dans la même instance, et que le jugement intervenu a été rendu contradictoirement avec l'un et par défaut contre l'autre, non seulement l'opposition du défaillant est recevable et conserve son droit propre, mais elle conserve encore le droit commun s'il est indivisible, bien que le défendeur condamné contradictoirement ait laissé acquérir au jugement force de chose jugée à son égard.

En particulier, quand un jugement prononce la résiliation d'un bail consenti solidairement à deux co-fermiers, l'opposition faite à ce jugement par le fermier défaillant peut avoir pour effet de faire revivre le bail à l'égard du comparant bien que, ce dernier n'ayant point fait appel, le jugement ait acquis force de chose jugée contre lui (1).

L'idée de la représentation, sauf dans de très rares décisions, paraît inconnue jusqu'en 1873. C'est un arrêt de la Cour de Cassation du 15 janvier de cette année qui lui donna naissance ; elle a été depuis constamment reprise. La jurisprudence est cependant divisée sur la nature de cette représentation ; elle est tantôt parfaite, tantôt imparfaite.

(1) Cass., 9 février 1846, précité.

La représentation imparfaite, on le sait, est une représentation dont l'existence est subordonnée au caractère favorable du résultat (1) ; c'est la représentation *ad minuendum et conservandam obligationem, non ad augendam*. On conçoit l'importance de la controverse pour notre sujet ; si la représentation imparfaite est admise, les co-débiteurs pourront se prévaloir des effets de l'opposition lorsqu'ils leur seront favorables, les repousser dans le cas contraire.

La Cour de Cassation, en 1873, a adopté le système de la représentation parfaite. Deux autres arrêts, l'un du 28 décembre 1884, l'autre du 1^{er} décembre 1885 ont suivi cet exemple. Ils ont décidé que le chose jugée contre l'un des co-débiteurs solidaires est aussi jugée contre les autres.

La théorie de la représentation imparfaite fut ensuite consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1891 (2).

Les co-débiteurs solidaires, est-il dit, se représentent en vertu du mandat tacite qu'ils sont réputés se donner réciproquement ; ce mandat qui permet au débiteur d'améliorer la condition de leurs consorts ne saurait avoir pour effet de leur nuire (3). Cet arrêt est rendu à propos de l'appel. La Cour de cassation revient à l'idée de la représentation parfaite à propos de l'opposition. Elle décide en effet le 27 novembre 1893 que les co-débiteurs compris

(1) Oudinot, *De la représentation imparfaite en droit français*.

(2) Cass., 16 décembre 1891. S. 93, 1, 81.

(3), Oudinot, *op. cit.*, p. 97.

dans le même jugement de condamnation ne sont pas censés se représenter mutuellement quant à l'exercice des voies de recours contre ce jugement. Il est admis que chaque co-débiteur a été individuellement mis en demeure de se défendre et que, dans ce cas, chacun des co-débiteurs solidaires doit user par lui-même des voies de recours ouvertes par la loi, ou tout au moins se joindre au recours exercé en temps utile par son co-obligé, faute de quoi celui qui n'agit pas est présumé acquiescer, et le jugement qui le condamne acquiert contre lui force de chose jugée ; tandis que ce même jugement peut être infirmé au profit d'un autre co-débiteur plus diligent.

D'où il suit que lorsque deux co-débiteurs solidaires ont été condamnés par défaut et que l'un d'eux seulement a fait opposition, le jugement n'en conserve pas moins sa force exécutoire à l'égard de l'autre contre lequel a été dressé en sa présence un procès-verbal de carence, quoiqu'il n'ait pas été statué régulièrement sur l'opposition du premier (1).

Il en serait autrement, semble-t-il, si l'action n'avait été suivie que contre un seul des débiteurs.

Un tel système conduit à des conséquences regrettables ainsi qu'on peut en juger par l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt précité du 27 novembre 1893.

Un sieur Grasset avait assigné un sieur Bart et quatre

(1) Cass., 27 novembre 1893. D. P. 1894, 1, 378, 379. — Cass., 1^{er} mai 1901. D. P. 1901, 1, 443.

autres personnes devant le tribunal de commerce de la Seine, demandant contre eux condamnation solidaire pour 9.498 fr. 66 pour reliquat de compte, plus 2.000 francs à titre de dommages-intérêts. Le sieur Bart se présenta seul et opposa l'exception d'incompétence ; réassignés à la suite d'un jugement par défaut profit-joint, ses co-débiteurs firent de nouveau défaut. Bart ayant déclaré faire défaut au fond, le Tribunal se déclara compétent par jugement du 13 novembre 1855 et condamna solidairement les défaillants à payer les sommes réclamées par le demandeur. Ce jugement fut confirmé en ce qui concerne la compétence par arrêt du 12 février 1857 ; en ce qui concerne le fond, le sieur Bart fit d'abord opposition, dont il fut débouté, puis appel. Pendant ce temps, ses co-débiteurs avaient fait opposition à leur tour le 2 avril 1857 contre le jugement du 13 novembre 1855. Devant la Cour de Paris, Bart demanda qu'il fût sursis à statuer sur son appel jusqu'à ce que le tribunal de commerce de la Seine eût prononcé sur l'opposition des autres débiteurs, afin d'éviter une contrariété de jugements. Par arrêt du 16 décembre 1857, la Cour refusa le sursis et confirma le jugement attaqué. Cependant l'affaire suivit son cours devant le tribunal de commerce qui reçut l'opposition, nomma un expert, et finalement, par jugement du 10 mars 1858, maintint sa décision au fond, mais en réduisant la créance Grasset à 5.893 fr. 03 et en supprimant les 2.000 francs de dommages-intérêts, Bart mourut, n'ayant encore payé que

des acomptes sur sa dette. En 1888, le sieur Grasset fit commandement à l'héritier de Bart, le sieur Brusley, d'avoir à payer le reliquat.

Celui-ci se défendit en soutenant qu'il avait été représenté par ses co-débiteurs, lorsqu'ils avaient réussi à faire réduire la dette en 1858 et que, cette dernière décision lui était seule opposable. Son système de défense fut admis par le tribunal civil de Jonzac qui estima que l'héritier de Bart pouvait utilement invoquer à son profit la décision du 40 mars 1858 et demander que la somme qui lui était réclamée comme débiteur solidaire fût ramenée au chiffre fixé par cette décision.

Ce jugement fut confirmé par arrêt de la Cour de Poitiers, mais la Cour de Cassation cassa cet arrêt, estimant que le mandat que les co-débiteurs solidaires sont présumés s'être donné en justice dans un intérêt commun, cesse nécessairement quand l'un d'eux ayant agi isolément il est intervenu vis-à-vis de lui une décision passée en force de chose jugée ; que, condamné définitivement, il ne peut se prévaloir des décisions plus favorables qui interviendraient ultérieurement entre ses co-obligés et le créancier.

Par un arrêt du 12 juillet 1899 (1), la Cour de cassation a, dans le même sens, jugé que l'exécution d'un jugement par défaut contre un seul des co-débiteurs solidaires in-

(1) Cass., 12 juillet 1899. S. 1900, 1, 85.

terrompt contre tous la péremption de six mois établie par l'article 156 du code de procédure civile, les co-débiteurs solidaires conservent d'ailleurs le droit de faire opposition au jugement sur l'exécution qui sera personnellement dirigée contre eux.

On peut donc conclure que la jurisprudence n'a pas adopté d'une façon définitive l'idée de représentation imparfaite à l'égard des effets de l'opposition.

Il est au contraire de jurisprudence constante que l'appel, utilement interjeté par l'un des débiteurs solidaires, profite aux autres, malgré la déchéance qu'ils ont encourue personnellement en laissant expirer le délai d'appel (1). La jurisprudence admet alors que le mandat que les créanciers solidaires sont réputés se donner entre eux leur permet d'améliorer leur situation, mais ne saurait nuire à la condition d'aucun d'eux. Cette hypothèse est bien celle des espèces rapportées sur les effets de l'opposition ; nous nous étonnons de cette divergence.

Il est vrai que le 16 décembre 1891 (2), la Cour de cassation a décidé que, lorsque les co-débiteurs solidaires ont obtenu un jugement contre le créancier, la signification de ce jugement faite par un seul d'entre eux, ne fait pas courir de délai d'appel à l'égard de tous ; elle a

(1) Cass., 30 août 1852. D. 52, 1, 276. — Cass., 25 mars 1861. D. 61, 1, 158. — 14 août 1886. D. 66, 1, 483. — Lyon, 19 mai 1881. D. 82, 2, 193. — Cass., 10 nov. 1890. D. 92, 1, 8. S. 91, 1, 241.

(2) Cass., 16 décembre 1891. D. 92, 1, 477.

admis que le créancier avait encore pu interjeter valablement appel à l'égard des autres, après l'expiration du délai de deux mois, compté à partir de la signification qui lui avait été faite. L'arrêt obtenu sur cet appel n'est opposable qu'à ceux qui ont omis de signifier le jugement.

Il serait, nous semble-t-il, équitable d'admettre que le co-débiteur condamné définitivement devrait pouvoir opposer au créancier le jugement plus favorable obtenu par ses co-débiteurs pour la part qu'ils ont à supporter définitivement dans la dette et pour laquelle il a un recours contre eux. Ce second jugement constituerait une sorte d'exception personnelle que le débiteur condamné pourrait invoquer.

Certains auteurs se prononcent dans ce sens quand un des débiteurs peut opposer la compensation au créancier (1).

Il est admis alors que l'exception personnelle à l'un des débiteurs peut être invoquée par les autres, à l'effet de faire déduire de la somme totale à payer la part de dettes à la charge du débiteur du chef duquel l'exception peut être opposée.

Chaque débiteur devrait pouvoir invoquer l'exception de chose jugée au même titre qu'il pourrait invoquer la remise consentie à ses co-débiteurs (2).

On a soutenu qu'il y a, à côté de cette solidarité, une

(1) Lyon-Caen, note sous Cass., Belgique, 13 juin 1872. S. 1874, 2, 297.

(2) S. 94, 1, 235.

espèce de solidarité qualifiée de solidarité imparfaite, parce qu'elle ne produit pas tous les effets ordinaires. Elle existerait toutes les fois que les co-débiteurs ne pourraient plus être considérés comme s'étant donné le mandat de se représenter mutuellement.

L'opposition ne pourrait ici produire effet qu'à l'égard de celui qui l'a formée ; l'idée de mandat faisant défaut, l'effet collectif de l'opposition doit disparaître. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point, mais elle a statué dans ce sens pour les effets de l'appel (1).

La théorie des deux solidarités est d'ailleurs aujourd'hui généralement abandonnée par la doctrine et par la jurisprudence (2). Nous n'insisterons pas.

Nous ne pouvons terminer le chapitre concernant l'effet de l'opposition et les tiers sans consacrer quelques lignes au cautionnement. Quand un jugement a été rendu par défaut contre la caution, nous pensons que l'opposition lui permet d'opposer utilement au créancier le bénéfice de discussion. L'opposition rouvrant l'instance, le créancier ne peut prétendre que la caution est déchue de ce bénéfice, comme ne l'ayant pas opposée *in limine litis*.

(1) Cass., 22 février 1870. D. 71, 2, 164.

Cass., 8 février 1877. D. 77, 2, 88.

(2) Paris, 28 mai 1900. D. 1902, 2, 453. — Cass., 3 juillet 1900. D. 1902, 1, 419. — Cass., 17 mars 1902. D. 1902, 1, 541 ; Demolombe, Planiol.

CHAPITRE IV

L'OPPOSITION EN MATIÈRE COMMERCIALE

L'opposition régulière a pour effet, en matière commerciale comme en matière civile, de suspendre ou d'empêcher l'exécution du jugement par défaut. L'article 438 du Code de procédure civile veut ici que l'opposition soit réitérée dans les trois jours qui suivent la déclaration sur le procès-verbal de l'huissier. Il a été jugé que lorsque l'opposition à un jugement par défaut rendu par un tribunal de commerce a été formée sur le procès-verbal de saisie ou sur tout autre acte d'exécution et n'a point été réitérée par assignation dans les trois jours de sa date, il peut être passé outre à l'opposition sans qu'il ait été au préalable statué sur la validité d'opposition (1).

Nous ne reviendrons pas sur les explications données précédemment, elles pourraient trouver place dans ce chapitre. Les théories de l'anéantissement ou du maintien du jugement par défaut ont des conséquences particulièrement importantes en cas de faillite, aussi nous étudierons

(1) Paris, 24 août 1831. S. 32, 2, 310.

spécialement l'effet de l'opposition au jugement déclaratif de faillite rendu par défaut.

Le jugement déclaratif de faillite est exécutoire par provision ; l'article 440 du Code de commerce le prescrit : toute controverse est écartée sur ce point ; il en résulte que l'opposition ne peut en suspendre l'exécution. Elle n'empêchera donc ni le dessaisissement, ni l'inventaire, ni l'apposition des scellés, ni toutes autres mesures provisoires. Il est cependant enseigné et admis dans la pratique que le jugement doit être définitif pour que des mesures irrévocables soient prises, telles que la délibération du concordat et l'aliénation des immeubles du failli (1).

L'opposition formée régulièrement saisit à nouveau le tribunal de commerce ; il est recherché alors si la faillite a été prononcée à tort ou à raison, si, par conséquent, elle doit être maintenue ou rapportée.

La question ne fait aucun doute lorsque l'opposant établit que la faillite a été prononcée à tort : elle doit, dans ce cas, être rapportée. La jurisprudence a fait plusieurs applications de ce principe. Il a été ainsi jugé que la faillite doit être rapportée si elle a été prononcée par les juges sur des renseignements inexacts (2), s'il leur

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, III, 125 ; Bravard et Demangeat, *Traité de droit commercial*, V, 63 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v. Syndic, 5.

(2) Paris, 24 août 1859, *Journ. trib. com.*, 1860, p. 22.

est justifié, ou bien qu'ils n'étaient pas compétents pour statuer, ou bien que les conditions nécessaires pour qu'il y eût faillite ne se trouvaient pas réunies au moment où ils ont rendu leur première décision. Ainsi en est-il lorsqu'il est prouvé que l'individu déclaré en faillite n'était pas commerçant (1), ou qu'il n'était pas en état de cessation de paiement lors de la prononciation du jugement déclaratif (2), ou que, tout au moins, il avait obtenu de tous ses créanciers un atermolement au mépris duquel ceux-ci avaient obtenu contre lui un jugement par défaut (3). La rétractation du jugement déclaratif entraîne la nullité des décisions qui ont suivi ce jugement et elles doivent être considérées comme non avenues. Il en est ainsi, alors surtout que les actions sur lesquelles ont statué les jugements et arrêts dont il s'agit n'ont été que la suite d'un dol, au moyen duquel le demandeur avait surpris la déclaration de faillite.

La faillite doit être encore rapportée lorsqu'il est démontré qu'au moment du jugement déclaratif de faillite, le failli était en mesure de satisfaire à toutes ses échéances et de désintéresser tous ses créanciers (4).

(1) Trib. comm., Seine, 16 janvier 1863, *Journ. trib. com.*, 1864, p. 9.

(2) Bordeaux, 19 mars 1839, *Mém. jurispr.*, Bordeaux, 1839, 1, 103.

(3) Alger, 31 juill. 1849. S. 50, 2, 53. D. 50, 2, 45.

(4) Bordeaux, 19 mars 1839, précité. Paris, 18 juin 1874, *Journ. trib. com.*, 1894, p. 447. Nantes, 23 avril 1884, *Rec. jurispr.* Nantes, 1884, 1, 270. — Sic : Bédarride, *Traité des faillites*, t. III, n° 1182 ; Boistel, n° 904 ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 156 ; Thaller, n° 1762.

Ce sont là les effets habituels de l'opposition ; il serait inutile de les développer plus longuement. Mais la question devient beaucoup plus délicate lorsque le failli n'a pu reprendre ses paiements que depuis le jugement déclaratif et que l'état de cessation de paiements était certain au moment où il a été rendu. Le tribunal saisi de l'opposition doit-il maintenir la faillite ou peut-il la rapporter ?

La question a été résolue de différentes manières. Un premier système soutient qu'il est inadmissible qu'un tribunal puisse, sur opposition, rétracter un jugement qui a été bien rendu, eu égard à l'état de choses existant au moment où il est intervenu. Les juges saisis de l'opposition n'ont à se préoccuper que de la situation existant au jour du jugement attaqué, et c'est sur cette seule situation qu'ils devront se baser pour maintenir ou rapporter la faillite ; il n'y a pas lieu de distinguer la manière dont a pris fin la cessation des paiements, soit que les créanciers, sans être payés intégralement aient consenti au débiteur un concordat de remise ou d'atermolement, soit même qu'ils aient été complètement désintéressés (1).

Un deuxième système soutient au contraire, que l'opposition a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et de remettre en question le point litigieux ; c'est donc

(1) Geoffroy, *Cod. prat. des faillites*, p. 424 ; Rousseau et Defert, *Cod. ann. des faillites*, p. 499, n. 22 ; Rousseau et Laisney, *Dict. proc. civ.*, v. Faillite, n° 523 ; Ruben de Couder, v. Faillite, n° 1898 ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 156 ; Beudant, note sous Paris, 27 août 1868. D. 69, 2, 73 ; Glasson, note sous Agen, 1900. D.66. n,j 22,,91 OgA2

au moment où il est statué contradictoirement que l'état de cessation de paiements doit être constaté. Peu importe que cet état ait existé au moment où le premier jugement est intervenu ; s'il n'existe plus lorsque l'affaire revient sur opposition, le jugement de faillite doit être rapporté, quelle que soit la façon dont il a pris fin, aussi bien dans le cas où les créanciers ont consenti au débiteur un simple concordat de remise ou d'atermolement que dans le cas où ils ont été intégralement payés (1).

Un troisième système distingue selon que les créanciers ont été désintéressés ou qu'ils ont consenti une remise à leurs débiteurs. La faillite doit être rapportée dans le premier cas et maintenue dans le second. A dire vrai, c'est là moins théorie nouvelle qu'une légère variante du deuxième système.

Quelques décisions de tribunaux de commerce et de cours d'appel ont adopté le premier système et décidé que, si la cessation de paiements existait lors du jugement déclaratif, ce jugement ne peut être rapporté sur opposition, quand même elle aurait disparu ensuite par l'effet d'événements ultérieurs. Le fait, par exemple, du retour du débiteur à meilleure fortune depuis lors n'est pas un motif de rétracter le jugement déclaratif (2) alors même que ces

(1) Alauzet, t. VIII, n° 2847 ; Boistel, n° 904 ; Chauveau, note dans *Pand. fr.*, 92, 2, 289 ; Thaller, n° 1762 et *Rev. crit.*, 1883, p. 372.

(2) Trib. com., Marseille, 4 septembre 1868. *Journ. jur.*, Marseille, 1868, 1, 309.

ressources lui seraient survenues pendant le cours de l'instance par lui introduite sur opposition à sa déclaration de faillite (1).

La faillite doit être maintenue, bien que le failli ait postérieurement au jugement déclaratif, désintéressé intégralement tous ses créanciers, s'il est établi que, lors de ce jugement, il n'éprouvait pas seulement une gêne momentanée, mais était réellement en état de cessation de paiements (2).

Il en est ainsi, alors même que ses créanciers se joindraient à lui pour demander le rapport du jugement. Il a été décidé dans le même sens que le jugement déclaratif de faillite ne peut être rétracté, après qu'il a été constaté que le failli était en état de cessation de paiements, par cela seul que ses créanciers affirmaient avoir été désintéressés depuis la déclaration de faillite, ce qui laisse supposer qu'il s'agit uniquement entre eux d'un simple règlement commercial. En pareil cas, le failli qui voudrait faire tomber le jugement déclaratif n'a d'autre voie que la réhabilitation (3).

Nous croyons voir, dans ces décisions, la préoccupation de faire respecter le caractère d'ordre public de la faillite, et d'empêcher les réhabilitations déguisées. Cette

(1) Trib. com., Marseille, 8 mars 1877. *Journ. jur.*, Marseille, 1877, 1, 151.

(2) Bordeaux, 23 octobre 1858. *Mem. jur.*, Bordeaux, 1858, 1, 286.

(3) Bordeaux, 15 décembre 1868. *Mém. jur.*, Bordeaux, 1868, 1, 30.

préoccupation apparaît encore dans des décisions subséquentes : il a été jugé que l'entente du débiteur avec ses créanciers, aurait effectivement pour conséquence, si la faillite était rapportée, une liquidation clandestine, en dehors des garanties et du contrôle institués par la loi (1). Il importe même peu que le failli ait fait abandon de ses biens à ses créanciers moyennant un quitus général ; cette convention n'a aucun caractère légal et elle ne peut avoir pour résultat de mettre fin à la faillite, alors même que les créanciers auraient renoncé à toute réclamation (2).

La faillite ne peut, à plus forte raison, être rapportée si les créanciers, postérieurement au jugement, ont consenti au failli un acte d'attribution amiable et n'ont pas été complètement désintéressés (3), surtout lorsque le traité accorde des termes et un important relâchement sur les créances (4).

L'organisation de la faillite étant d'ordre public, lorsqu'il est démontré qu'à l'époque où la faillite a été déclarée, la personne était dans l'impossibilité de faire honneur à ses engagements, le jugement déclaratif doit être main-

(1) Paris, 17 août 1878. *Journ. trib. com.*, 1879, p. 431.

(2) Trib. com., Versailles, 24 février 1869. *Journ. trib. com.*, 1869, p. 251.

(3) Trib. com., Seine, 27 mars 1857. *Journ. trib. com.*, 1857, p. 446 — Trib. com., Bordeaux, 23 octobre 1858. *Mém. jurispr.*, Bordeaux, 1858, 1, 286.

(4) Trib. com., Bordeaux, 6 janvier 1862. *Mem. jurispr.*, Bordeaux, 861, 62, 1, 71.

tenu, sans qu'il y ait lieu d'examiner les transactions intervenues entre le failli et le créancier poursuivant en vue de faire cesser l'état de faillite.

« Attendu, en droit, dit un jugement rendu par le tribunal de Saint-Étienne, qu'un jugement déclaratif de faillite, du moment où il a été prononcé, n'appartient pas à celui qui l'a provoqué ; qu'il devient, par la volonté de la loi, commun à tous les créanciers du failli ; que ceux-ci sont d'office représentés par un syndic désigné par le jugement déclaratif, et devant lequel disparaît la personnalité du créancier poursuivant ; que les conséquences de ce jugement sont de placer sous la main d'un mandataire légal, agissant sous la surveillance d'un magistrat, tous les intérêts de la masse ; qu'il crée une situation que l'on peut considérer comme étant d'ordre public ; qu'il n'est pas possible d'admettre que le créancier qui a provoqué la faillite puisse, par une renonciation ultérieure, faire tomber les effets du jugement qu'il a obtenu ».

« Attendu, dès lors, que le jugement du 6 août 1901 subsiste malgré la renonciation qu'auraient pu faire au bénéfice de ses dispositions le sieur M... et les sieurs L... frères, sur la poursuite desquels le dit jugement a été rendu et que ce jugement, qui profite à tous les créanciers de G..., ne pourrait être aujourd'hui rétracté que sur la justification qu'il n'existe plus aucun créancier en état d'en invoquer le bénéfice (1). »

(1) Trib. com., Saint-Étienne, 28 janvier 1902. *Pand.*, 1902, 2, 271.

En l'espèce la publicité donnée au jugement déclaratif avait en effet révélé l'existence d'autres créanciers que les sieurs M. et L. ; la cessation des paiements était bien évidente.

Telles sont les principales décisions de jurisprudence rendues dans le sens du maintien de la faillite sur opposition ; elles sont donc basées les unes sur l'impossibilité de réformer le jugement qui s'est borné à constater un état de fait exact, les autres sur la nécessité d'assurer à la faillite son caractère d'ordre public, mais elles n'envisagent pas les effets de l'opposition en eux-mêmes. Ces décisions, la plupart anciennes, n'émanent que des tribunaux de commerce et des Cours d'appel.

Le deuxième système basé principalement sur les effets de l'opposition paraît avoir définitivement triomphé dans la jurisprudence. Il a pour lui d'ailleurs l'autorité de la Cour de cassation qui l'a admis.

La Cour de Cassation déclarant que l'opposition a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et de remettre en question le point litigieux, a en effet décidé que le jugement doit être rapporté, si le commerçant déclaré en faillite produit, à l'appui de son opposition, des quittances pour solde de tous ses créanciers. Il importe peu que les paiements aient été effectués par le failli ou pour son compte par un tiers qui lui a concédé un délai pour le remboursement de ses avances (1).

(1) Cass., 23 nov. 1881. *Journ. trib. com.*, 1882, p. 226. D. 821, 1, 265.

Il suffit que les créanciers soient d'accord pour consentir au failli terme et délai pour se libérer, un atermoiement amiable, consenti par les créanciers fait disparaître l'état de cessation de paiements (1).

Un concordat contenant remise de dettes est suffisant pour faire prononcer le rapport de la faillite (2) ; de même un abandon d'actif accepté par tous les créanciers.

Il a été jugé dans ce sens que la faillite doit être rapportée sur l'opposition, lorsque depuis le jugement déclaratif, le failli a abandonné tout ce qu'il possédait, et qu'au moyen de cette cession il a été entièrement libéré de toutes les créances, en principal et accessoires dont il pouvait être débiteur, pour le cas même où le produit des biens abandonnés serait insuffisant à désintéresser tous les créanciers (3). Peu importe même que dans la convention libératoire, les créanciers aient cru devoir formellement stipuler que, dans le cas où la faillite serait maintenue, leurs quittances seraient nulles et non avenues (4).

Peu importe encore que l'arrangement intérieur entre le failli et ses créanciers contienne une clause par laquelle ceux-ci, en le souscrivant, et en s'interdisant actuellement

S. 82, 1, 113. — Nancy, 15 décembre 1885. *Journ. des faillites*, 1887, p. 164. D. 87, 2, 15

(1) Trib. com., Seine, 31 juillet 1884. *Journ. trib. com.*, 1885, p. 66. — Orléans, 14 février 1895. D. 86, 2, 70. — Cass., 11 mai 1891. S. 95, 1, 390. *Pand. fr. pér.*, 91, 1, 429.

(2) Rennes, 19 août 1871. *Journ. trib. com.*, 1874, p. 126. D. 73, 2, 222.

(3) Poitiers, 25 nov. 1889. *Gaz. Pal.*, 89, 2, 679.

(4) Rouen, 30 nov. 1885. *Journ. des faillites*, 1886, p. 18.

toutes poursuites contre lui, se soient réservé un recours contre leur débiteur, au cas où il arriverait un jour à meilleure fortune, alors d'ailleurs que cette éventualité ne s'est pas encore réalisée (1).

L'opposition a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et de remettre en question le point litigieux. Par suite, pour la déclaration de faillite, c'est au moment où il est statué contradictoirement que l'état de cessation de paiements doit être constaté, et le jugement déclaratif de faillite doit être rétracté sur l'opposition du failli, lorsque celui-ci produit des quittances pour solde de tous ses créanciers connus ou des déclarations, émanant de ceux-ci et justifiant qu'ils lui ont accordé termes et délais pour s'acquitter (2).

Mais encore faut-il, pour que la faillite soit rapportée, que les créanciers aient tous été désintéressés, ou du moins que tous aient consenti le Concordat de remise ou d'atermoiement intervenu depuis le jugement déclaratif (3) et il ne suffirait pas que le créancier poursuivant eût été désintéressé (4).

(1) Paris, 2 juillet 1886. *Gaz. Pal.*, 86, 2, 374.

(2) Trib. com., Saint-Étienne, 9 février 1904. *La loi*, 29 mars 1904, 6 décembre 1904. *Le droit*, 21 avril 1905.

(3) Trib. com., Marseille, 9 avril 1869. *Journ. jur.*, Marseille, 1869, 1, 256. — Paris, 10 décembre 1874. *Journ. trib. com.*, 1875, p. 409. — Trib. com., Bordeaux, 11 janvier 1877. — *Mém. jur.*, Bordeaux, 1877, 1, 57. — Trib. com., Nantes, 16 mars 1892. *Jurisp.*, Nantes, 1892, 1, 257. — Trib. com., Albi, 9 mai 1894. *Gaz. Pal.*, 94, Suppl. 9.

(4) Paris, 10 décembre 1874. Trib. com., Bordeaux, 11 janvier 1877, précités.

Toutefois il n'est pas nécessaire, ainsi que l'ont soutenu certaines décisions que le failli soit tenu de justifier qu'il n'a pas d'autres créanciers que ceux désintéressés par lui. C'est là une preuve qu'il serait parfois difficile de rapporter et ce serait une rigueur excessive que de l'imposer au failli. Cette théorie a été admise par de nombreuses décisions. Il a été décidé aussi qu'un jugement déclaratif de faillite, rendu par défaut, doit être rétracté sur l'opposition du failli, s'il est justifié par lui que, depuis le jugement, il a désintéressé le créancier poursuivant et, s'il paraît ne pas en avoir d'autres (1), qu'on ne peut imposer au débiteur de faire la preuve impossible qu'il n'existe pas d'autres créanciers (3).

Mais s'il résultait de certaines présomptions que le failli a encore d'autres créanciers qui n'ont pas été désintéressés, le jugement déclaratif ne pourrait être rapporté. Par exemple, même dans le cas où le failli justifierait du paiement des créanciers connus, il ne pourrait obtenir la rétractation du jugement qui l'a mis en faillite, si l'irrégularité de ses écritures laissait supposer l'existence de créanciers autres que ceux qu'il a désintéressés (3).

Pour que le jugement déclaratif puisse être rapporté, il faut encore que le Concordat soit valable et satisfasse aux

(1) Trib. com., Bordeaux, 23 avril 1880. *Mém. jurispr.*, Bordeaux, 1880, 1, 203.

(2) Trib. com., Albi, 9 mai 1894, précité.

(3) Trib. com., Nantes, 16 mars 1892, précité.

conditions exigées par la loi. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'il ne peut y avoir lieu à rétractation de faillite à la suite d'un concordat auquel s'appliqueraient les articles 597 et 598 du Code de commerce, si tous les créanciers n'ont pas été désintéressés en espèces. Si certains créanciers ont été réglés en espèces, tandis que d'autres ont accepté des règlements particuliers, ces divers arrangements constituent des actes de préférence, de nature à rompre l'égalité que la loi a voulu établir entre eux dans un intérêt public, et dès lors, le jugement qui a légalement déclaré la faillite ne saurait être rapporté (1).

Un concordat amiable intervenu postérieurement au jugement déclaratif de faillite, contenant des stipulations inégales entre les créanciers ne peut être utilement invoqué pour permettre le rapport de la faillite, car une telle convention est contraire à la loi et ne saurait constituer un concordat dont l'essence même est l'égalité entre les créanciers (2).

La jurisprudence qui admet que la faillite peut être rapportée sur opposition a été vivement critiquée. On a dit que la faillite est un état de fait, l'état du commerçant qui a cessé ses paiements. Cela est si vrai, dit Beudant (3), et la cessation de paiements constitue si bien par elle-

(1) Trib. com., Bordeaux, 18 mai 1868. *Mém. jur.*, Bordeaux, 1868, 1, 138.

(2) Trib. com., Seine, 6 mars 1896. *Journ. trib. com.*, 1897, p. 223.

(3) Beudant, note dans Dalloz, 1869, 2, 73.

même l'état de faillite, indépendamment du jugement déclaratif, que plusieurs des effets que le jugement entraîne se produisent, avant la déclaration, parfois même en l'absence de toute déclaration : telles sont les nullités prononcées par les articles 446 et 447 du Code commerce ; telle est, au moins, d'après la jurisprudence, la restriction apportée par l'article 563 Code commerce aux droits hypothécaires de la femme en cas de faillite du mari (1). Si donc le commerçant failli revient à meilleure fortune pendant les opérations de la faillite, s'il acquitte entièrement ses dettes, il peut bien y avoir lieu de clore les opérations faute d'intérêt pour la masse, mais non de rapporter le jugement : la situation est acquise, l'état de faillite peut être modifiée par le Concordat, et même en cas d'union, par la déclaration d'excusabilité, mais il ne peut être effacé que par la réhabilitation qui seule peut faire cesser les incapacités qu'il entraîne.

Cette théorie paraît irréfutable, elle a cependant été vivement combattue. Nous croyons qu'elle ne peut être acceptée. C'est au tribunal qu'il appartient de fixer la date de la cessation des paiements, les articles 446 et 447, cités par Beudant, se réfèrent l'un et l'autre à la décision du tribunal. Le jugement reste indispensable à la naissance légale de l'état de faillite ; il n'y a pas de faillite en fait, il

(1) Cass., 8 avril 1845. D. 45, 1, 248. — Cass., 1^{er} décembre 1858. D. 59, 1, 11. — Metz, 20 décembre 1865. D. 66, 2, 10.

faut un jugement et c'est ce jugement qui donne à la faillite ses conséquences. La thèse soutenue par Beudant conduirait à un résultat singulier : en supposant qu'un créancier assigne son débiteur en déclaration de faillite, et qu'à ce moment la cessation de paiement soit constante, le tribunal devra prononcer la faillite, même si dans l'intervalle qui sépare l'assignation du jugement, le débiteur a trouvé le moyen de désintéresser ses créanciers.

Le deuxième argument, présenté par les partisans du maintien de la faillite, repose sur le caractère général de la faillite. L'application de la loi sur la faillite est d'ordre public et elle intéresse non seulement le failli et ses créanciers mais le commerce tout entier et la société elle-même puisque le failli est frappé de privation de certains droits civils et politiques. C'est pour cela que la loi interdit les ententes entre le débiteur et ses créanciers (art. 507 C. com.); ni l'opposition, ni l'appel ne seraient recevables s'ils étaient le résultat d'une collusion entre eux : l'article 16 de la loi du 4 mars 1889 prohibe les concordats amiables postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire.

On a essayé de répondre à cet argument en disant que l'ordre public est sauvegardé puisque le commerçant a fait face à tous ses engagements et qu'il serait injuste d'exiger le maintien d'une procédure désormais sans objet. N'est-il pas préférable, au contraire, de favoriser les efforts du débiteur, en vue d'assurer le paiement rapide de ses créanciers et de lui laisser comme prix de son zèle l'espoir

d'effacer avec le jugement tout souvenir de sa déchéance. Ces considérations sont évidemment inspirées par un louable souci de l'équité, mais elles ne peuvent être retenues en présence des conséquences attachées par la loi au jugement déclaratif de faillite. Ainsi que nous le disions ce jugement entraîne pour le failli privation de certains droits civils et politiques, et il ne peut dépendre d'une entente entre un débiteur et ses créanciers qu'il recouvre par exemple ses droits d'électeur.

Nous abritons notre réponse derrière l'autorité de M. Chauveau (1) et nous prétendons avec lui : qu'il n'y a pas de faillite avant qu'une décision judiciaire passée en force de chose jugée l'ait déclarée d'une façon définitive. Le raisonnement qui se base sur le caractère d'ordre public de la faillite pour exiger le maintien du jugement, déguise en réalité une véritable pétition de principe. Le juge du recours pouvant rétracter ou réformer la décision première, il en résulte que la faillite n'a jamais existé et que l'article 507 n'a plus d'application. Le débiteur commerçant a donc pu désintéresser ses créanciers ou prendre avec eux tous les arrangements qu'ils ont bien voulu consentir. Ces actes n'auraient sans doute aucune valeur si la faillite devait être maintenue, mais ils deviennent très réguliers si la faillite est rapportée. Il n'est pas exact non plus de parler de réhabilitation indirecte, puisqu'il n'y a plus ni faillite ni failli.

(1) Chauveau, note dans *Pand.*, 1892, t. II, 289.

Ajoutons que la rétractation du jugement déclaratif de faillite sur l'opposition produit ses effets *erga omnes*, en ce sens qu'elle est opposable même aux créanciers qui n'ont pas été parties en cause : c'est la conséquence du principe de l'indivisibilité de la faillite.

Il importe peu que la rétractation ait été obtenue sur l'opposition faite par des créanciers (en l'espèce des créanciers hypothécaires) et que l'arrêt confirmant le jugement de rétractation n'ait statué qu'envers le syndic qui s'opposait à la rétractation et non envers le créancier qui avait formé la demande en déclaration de faillite.

L'arrêt qui rapporte une faillite pour la raison que le prétendu failli n'était pas commerçant, constate et déclare souverainement un état de fait indivisible, contre lequel aucun créancier ne peut être admis à se pourvoir (1).

(1) Cass., 16 février 1892. D. 93, 1, 426.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'OPPOSITION IRRÉGULIÈRE

La partie qui a obtenu un jugement par défaut est-elle obligée, quand une opposition irrégulière est formée de suspendre l'exécution de ce jugement et de faire déclarer l'irrégularité de l'opposition ?

Une distinction a été faite entre l'opposition irrégulière à un jugement par défaut rendu faute de comparaître et l'opposition irrégulière à un jugement par défaut rendu faute de conclure.

L'exécution d'un jugement par défaut faute de comparaître sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner quand l'opposition formée est irrégulière. L'art. 462 du Code de procédure civile est suffisamment précis. Il n'y a sur ce point aucun doute. Le poursuivant pourra donc, s'il le juge à propos, commencer ou continuer l'exécution sans tenir aucun compte de l'opposition irrégulière (1) ; elle ne produit aucun effet. Il arrive néanmoins dans la pratique

(1) Dalloz, *Rép.*, v. Jugement par défaut, t. XXIX, p. 649.

que le poursuivant n'ose pas se faire juge de la régularité de l'opposition et que l'exécution soit arrêtée.

L'effet de l'opposition irrégulière à un jugement par défaut, faute de conclure a été discuté. L'opposition qui n'est pas signifiée dans les formes prescrites n'arrête pas l'exécution mais l'article 161 du Code de procédure civile ajoute que, dans ce cas, elle sera rejetée sur un simple acte, sans qu'il soit besoin d'aucune instruction. Certains auteurs (1) ont argué de ces dernières expressions pour soutenir que l'opposition, même irrégulièrement formée arrête l'exécution et qu'il faut pour la continuer faire rejeter l'opposition, que s'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas les mots : « sera rejeté sur un simple acte. »

C'est, selon nous, une théorie inexacte. L'article 161 contient deux dispositions distinctes. L'ordre dans lequel elles sont énumérées est, en quelque sorte, celui de la procédure. Le poursuivant estime-t-il l'opposition irrégulière? Il peut passer outre, continuer l'exécution mais à ses risques et périls (2). L'opposant persiste-t-il, soutient-il la validité de son opposition? Il appartiendra alors au juge de décider, de la rejeter si elle est irrégulière. Ce rejet sera fait par un simple acte. L'article 161 du Code de procédure civile semble donc n'avoir d'autre objet que de simplifier

(1) Delaporte, p. 166.

(2) Carré et Chauveau, quest. 674; Bioche, v. Jugement par défaut, n° 302; Rousseau et Laisney, *idem*, n° 263; Garsonnet, t. V, p. 454.

la procédure, de permettre au poursuivant de continuer l'exécution très rapidement.

La précaution du législateur est, dans la pratique, très utile. La procédure a des surprises dont les plaideurs se méfient à bon droit ; le poursuivant, nous l'avons dit, n'ose pas souvent se faire juge de la régularité d'une opposition ; il craint d'être exposé à des dommages-intérêts si elle est déclarée recevable et arrête l'exécution. Sur un simple acte, sans qu'il soit besoin d'aucune instruction, le tribunal rejette l'opposition. La procédure est extrêmement rapide, les expressions du législateur ont bien un objet et un résultat.

Sans distinguer entre les jugements de défaut rendus faute de comparaître et les jugements de défaut rendus faute de conclure, la jurisprudence s'est toujours refusé à reconnaître effet aux oppositions irrégulières. C'est ainsi qu'il a été décidé : que l'opposition faite après l'expiration du délai légal ne suspend point l'exécution du jugement ou de l'arrêt contre lequel elle est dirigée (1) ; — que l'opposition non renouvelée dans la huitaine par requête et constitution d'avoué est nulle et n'arrête pas le cours du délai d'appel qui commence à courir depuis l'expiration de la huitaine (2) ; qu'il peut être valablement procédé à une

(1) Cour de Bruxelles, 14 ventôse, an XII. — Se prévaloir d'une opposition faite après l'expiration du délai de la loi, c'est, dit l'arrêt, s'attribuer un avantage que la loi n'accorde pas et que la partie n'est pas tenue de respecter.

(2) Besançon, 21 mai 1810.

adjudication définitive, nonobstant l'opposition formée par les débiteurs saisis envers l'arrêt rendu faute de constitution d'avoué qui avait rejeté leur appel du jugement d'adjudication provisoire, lorsque cette opposition est irrégulière (1).

Le demandeur a-t-il le droit de commencer ou de continuer l'exécution quand il se trouve en présence d'une opposition tardivement réitérée? Peut-il passer outre, ou doit-il faire déclarer préalablement la nullité de l'opposition? Cette question présente quelques difficultés.

L'opposition tardivement réitérée se produit, soit par une déclaration en dehors de l'exécution, soit par un acte extra-judiciaire. La jurisprudence distingue ces deux cas. Dans le premier, il a été décidé que l'opposition est nulle et que le poursuivant peut immédiatement reprendre l'exécution (2).

Dans le deuxième, des divergences existent. Certains arrêts prétendent que l'opposition a ici un effet suspensif, et que, tant qu'il n'a pas été statué sur elle, l'exécution ne saurait avoir lieu (3). Il a été jugé en particulier que celui

(1) Cour d'appel de Toulouse, 6 avril 1821, même sens; Cass., 9 mars 1825, 6 août 1888. D. 1889, 1, 202.

(2) Cass., 15 juin 1826 (S. et P. chr.). — Riom, 2 août 1818 (S. et P. chr.). — Toulouse, 5 février 1831 (P. chr.), *Répertoire général alph. du dr. français*, v. Jugement et arrêt, n° 4019.

3) Bourges, 3 février 1816 (P. chr.). — Grenoble, 17 avril 1919 (S. P. chr.). — Metz, 12 février 1818 (S. et P. chr.). — Douai, 27 août 1312 (S. 45, 2, 60).

qui, par acte extra-judiciaire, a formé opposition à un jugement par défaut signifié avec commandement peut renouveler cette opposition devenue caduque, faute d'avoir été réitérée dans la huitaine jusqu'à l'exécution du jugement (1).

D'autres arrêts décident au contraire que l'opposition formée par acte extra-judiciaire après signification avec commandement doit être réitérée dans la huitaine à peine de nullité et que réitérée ultérieurement, elle ne peut avoir d'effet suspensif (2).

Nous admettons, quant à nous, que le demandeur peut, sans autorisation de justice, continuer une exécution arrêtée par une opposition faite par déclaration lors de l'exécution, quand cette opposition n'a pas été réitérée dans les délais. Le jugement, étant alors exécuté, n'est plus susceptible d'opposition. Mais nous estimons que le demandeur ne peut exécuter sans avoir fait vider une opposition formée par acte extra-judiciaire réitérée seulement après huitaine; dans cette hypothèse, on serait mal venu à soutenir que la réitération est tardive, le jugement n'ayant pas été exécuté et l'opposition étant encore recevable (3).

Bien que faite dans les délais et dans les formes exigées

(1) Nîmes, 21 août 1819 (*S. et P. chr.*). — Trib. Cambrai, 3 mai 1900. *P.* 1901, 2, 235.

(2) Cass., 3 décembre 1822 (*S. et P. chr.*). — Limoges, 10 août 1825 (*P. chr.*). — *Sic* Garsonnet, t. V, p. 463. — *Rép. du droit fr.*, v. Cit.

(3) *Rep. du dr. fr.*, v. Cit.

par la loi, l'opposition ne produit encore aucun effet quand elle est faite par des personnes sans qualité pour la former, par exemple, par la partie comparante (1) par un mineur émancipé — par une femme mariée (2); — par une personne pourvue d'un conseil judiciaire. — C'est ainsi qu'il a été décidé notamment que l'opposition à un jugement ou arrêt par défaut, faute de comparaître, déclaré irrégulière et nulle, par décision judiciaire, comme faite par une personne sans qualité, ne saurait avoir eu pour effet d'invalider les actes d'exécution du jugement ou arrêt contre lequel cette opposition était dirigée, ni de proroger le délai pour y former une opposition régulière (3). Il s'agissait en l'espèce d'un délégué du préfet agissant pour une commune.

L'opposition ne produit encore aucun effet quand elle n'est pas recevable comme formée contre des jugements non susceptibles d'opposition, tels que les jugements sur incidents de saisie immobilière, les jugements rendus en matière de faillite énumérés par l'article 583 du Code de commerce.

Il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer que la

(1) Bruxelles, 21 décembre 1814, 19 mars 1820, Carré et Chauveau, quest. 635 bis; Garsonnet, t. V, par. 1025, p. 423.

(2) Jugé néanmoins que l'opposition faite par une femme mariée, sans autorisation de son mari, vaut comme mesure conservatoire, en attendant que le consentement du mari et à défaut celui de justice ait été obtenu (Rouen, 22 août 1856, *Journ. des Av.*, 858, p. 1318).

(3) Cass., 29 août 1871, *Journ. des Av.*, 1892, p. 134; S. 1871, 1, 147.

fin de non recevoir tirée du défaut de qualité, de l'expiration des délais n'est pas d'ordre public et que la nullité de l'opposition n'est pas absolue. L'opposition, même nulle, aura donc son plein et entier effet si le défendeur à l'opposition n'a pas opposé la fin de non recevoir *in limine litis* et a commencé à plaider au fond. A plus forte raison le tribunal ne pourra prononcer la nullité d'office (1).

La jurisprudence a fait plusieurs applications de ce principe. Il a été jugé notamment qu'une partie ne pouvait se faire un moyen de cassation de la réception d'une opposition tardive à un arrêt par défaut si la fin de non recevoir n'avait pas été présentée devant la Cour d'appel qui avait admis l'opposition (2); qu'une partie était non recevable à former pour la première fois en appel un moyen résultant de ce qu'il avait été formé opposition à un jugement par défaut après l'expiration des délais, que, par suite, une Cour d'appel qui décide que des parties ont renoncé au moyen résultant de ce qu'une opposition à un jugement par défaut a été formée hors des délais échappe à toute censure (3).

Certains effets ont toutefois été reconnus à l'opposition irrégulière par plusieurs auteurs et par la jurisprudence. La péremption du jugement par défaut en donne plusieurs exemples.

(1) Garsonnet, t. V, n° 4057, p. 488.

(2) 14 messidor, an XIII. — Cour cass., conf., req. 21. Prairial, an VIII.

(3) Cass., 11 mai 1830. D. P. 1830, 1, 237. Même sens, Cass., 4 novembre 1901.

On sait que l'article 156 du Code de procédure civile décide que les jugements par défaut devront être exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon qu'ils seront réputés nonavenus et que l'article 159 de ce Code ajoute que le jugement sera réputé exécuté lorsque, notamment il y aura quelque acte duquel il résultera nécessairement que l'exécution du jugement aura été connue de la partie défaillante.

N'est-ce pas le cas de certaines oppositions irrégulières et de telles oppositions ne peuvent-elles être assimilées à des actes impliquant connaissance par le défaillant de l'exécution du jugement ?

Quelques décisions se sont prononcées pour l'affirmative.

Il a été ainsi jugé que l'opposition après un commandement fait en vertu d'un jugement par défaut, alors même qu'elle n'est pas renouvelée conformément à la loi prouve nécessairement que l'opposant a connu le jugement et que dès lors ce jugement ne peut plus être périmé par le manque d'exécution dans les six mois, le but de la loi se trouvant alors rempli ; l'article 156 n'ayant eu en vue que de prévenir les surprises, qui pourraient résulter au préjudice du défaillant de la soustraction des significations (1) ; qu'un jugement par défaut doit être réputé exécuté et par suite à l'abri de la péremption quand,

(1) Poitiers, 29 avril 1825. — Lyon, 4 décembre 1825.

moins de six mois après son obtention, l'huissier s'est présenté au domicile du défaillant pour procéder à la saisie des meubles de ce dernier, et qu'au moment où cette saisie allait avoir lieu, le débiteur a formé opposition sur le procès-verbal de l'officier ministériel, mais que cette opposition s'est trouvée non avenue, faute d'avoir été réitérée dans le délai légal ; le procès-verbal dont il s'agit doit être considéré comme un commencement d'exécution du jugement, exécution suspendue seulement par une circonstance indépendante de la volonté du poursuivant et dont le défaillant a eu connaissance (1).

Il a été décidé au contraire qu'une opposition irrégulière n'interrompt pas la péremption de six mois : cette opposition est nulle, elle doit être considérée comme n'existant pas, elle ne peut, par suite, produire aucun effet. Ce système adopté par la jurisprudence récente (2) est également celui de la plupart des auteurs (3). Il semble donc destiné à prévaloir. Ses partisans n'ont pas été arrêtés par ses conséquences les plus rigoureuses ; ils ont envisagé l'hypothèse suivante : un jugement par défaut faute de comparaître intervenu le 4^{er} février, devant par conséquent

(1) Metz, 7 décembre 1830, *P. chr.* — Trib. Narbonne, 4 novembre 1886. *Journ. des avoués*, 1887, p. 66.

(2) Lyon, 4 septembre 1810. — Limoges, 24 janv. 1816. — Bruxelles, 12 janv. 1839. — Lyon, 11 juillet 1872. — Trib. Seine, 16 février 1875. *Journ. des avoués*, 1875, p. 195.

(3) Carré et Chauveau, quest. 683 ; Bioche, v. Jugement par défaut, 378 ; Garsonnet, t. V, n° 1052, p. 477.

être exécuté le 31 juillet au plus tard est frappé d'opposition par acte extra-judiciaire à la date du 23 juillet ; le créancier, qui n'a pu par suite de cette opposition exécuter du 23 au 31, est-il atteint par la déchéance de l'article 156 si l'opposition n'est pas réitérée dans la huitaine ?

Oui, disent certains auteurs, en vertu du principe que l'opposition non régulièrement formée est non avenue (1). Cette solution parfaitement logique a cependant paru trop rigoureuse à certains auteurs. Bien que partisans de la non-interruption de la péremption par l'opposition frappée de nullité, ils prétendent qu'elle est interrompue dans ce cas particulier ; c'est, disent-ils, une circonstance indépendante de la volonté du demandeur qui l'a empêché de mettre à profit les derniers jours du délai de six mois, il serait excessif de lui en faire supporter les conséquences (2).

Il nous paraît fâcheux d'adopter certaines conclusions d'un système et d'en rejeter les autres. Nous n'hésitons pas à admettre la première opinion et à déclarer que l'opposition même irrégulière interrompt la péremption. Cette interprétation paraît conforme au texte et aux intentions des rédacteurs de la loi.

Ce que le législateur a voulu, c'est que le jugement soit connu de la partie défaillante. L'opposition formée par celle-ci n'indique-t-elle pas cette connaissance ? Peu

(1) Bioche, v. Jugement par défaut, n° 378.

(2) Garsonnet, t. V, par. 1021, p. 403, note 7.

importe qu'elle soit irrégulière, pourvu qu'elle soit formée par la partie contre laquelle le jugement a été rendu. Elle sera nulle en tant qu'opposition mais elle vaudra certainement comme acte quelconque prouvant que le défaillant a eu connaissance de l'exécution du jugement. Bien que nulle, elle n'est pas inexistante et nous croyons que le poursuivant pourrait toujours s'en prévaloir si on lui opposait la péremption.

Il en serait autrement si l'opposition était déclarée nulle comme ayant été faite par une personne sans qualité. Elle n'implique pas alors connaissance du jugement par la partie défaillante et ne doit pas arrêter la péremption.

Les travaux préliminaires à la rédaction du Code de procédure civile confirment notre interprétation. La péremption de six mois n'a pas été établie seulement dans l'intérêt de la partie défaillante, mais aussi dans l'intérêt de la partie qui a obtenu le jugement. Dans l'exposé des motifs présentés au corps législatif (séance du 4 avril 1906) sur la première partie du Code de procédure, Treilhard s'exprime en effet ainsi : « Il est dit que tout jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas constitué avoué sera exécuté dans les six mois de son obtention, sinon sera réputé non avenu ; elle n'aura donc plus, comme on l'a vu jusqu'à présent, à la faveur du silence des lois, trente ans pour former opposition, ce qui engageait le défendeur de mauvaise foi à ne point constituer d'avoué. »

La question que nous venons de discuter concerne la

péremption spéciale au jugement par défaut qui atteint le jugement seul et laisse subsister la procédure. Il faut se garder de la confondre avec la péremption d'instance établie par l'article 397 du Code de procédure civile. On sait que cette dernière emporte extinction de la procédure dans le cas de discontinuation des poursuites pendant trois années. Ici encore la jurisprudence, mais par un arrêt isolé a reconnu effet à une opposition tardive. La Cour de Toulouse a décidé le 12 décembre 1821 (1) que la péremption d'une instance introduite par une opposition même tardive formée à un jugement par défaut s'étendait, non pas seulement à cette instance mais encore à celle qui avait abouti au jugement par défaut : « attendu, est-il dit, que pour échapper à l'application de cette règle les appelants ont vainement soutenu que l'opposition, étant non recevable, comme faite tardivement, elle n'avait pu anéantir le jugement par défaut, lequel ayant acquis l'autorité de la chose jugée devait faire maintenir la procédure antérieure et la mettre à l'abri de la péremption. »

A notre connaissance cette décision est seule de son espèce : On peut toutefois citer un arrêt similaire de la chambre des requêtes du 22 février 1830 qui a décidé que l'autorité de la chose jugée ne peut être attribuée à un jugement par défaut frappé d'opposition tant qu'il n'a pas

(1) Dalloz, *Rép.*, v. Péremption, n° 315.

été statué sur cette opposition, même si elle a été formée après l'expiration des délais.

Nous ne pouvons approuver ces décisions. L'opposition irrégulière ne peut porter atteinte au jugement devenu définitif ainsi qu'à l'instance qui l'a précédé. Il y avait lieu selon nous de ne pas prononcer de péremption dans le premier cas, de reconnaître au jugement l'autorité de la chose jugée, dans le deuxième.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ces questions, lors de l'examen des effets de l'opposition régulière.

Il nous paraît intéressant de citer une sorte d'opposition verbale, qui permet d'obtenir la rétractation d'un jugement par défaut. C'est le rabat du défaut, très fréquemment employé dans la pratique. L'ordonnance de 1667, titre 14, Art. 5 consacrait expressément cet usage : « Pourront néanmoins, disait-elle, les défauts et congez être rabattu par les juges en la même audience, en laquelle ils auront esté prononcez ; auquel cas n'en sera délivré aucune expédition à l'un et à l'autre des parties. » Certains auteurs (1) pensent que cet usage ne peut plus être suivi aujourd'hui. Ils estiment d'une part, qu'une fois le jugement prononcé, les juges ne peuvent plus se rétracter que par les voies légales ; d'autre part que l'art. 1041 du code de procédure civile a aboli toutes les lois, coutumes,

(1) Favard, t. III, p. 166 ; Boncenne, t. III, p. 177.

usages relatifs à la procédure. D'autres auteurs, notamment Deniau, Carré, professent une opinion contraire. Par un arrêt du 13 octobre 1815, la Cour de Metz a ordonné le rabat du défaut par les motifs qu'aucune disposition n'interdit cette faculté, abandonnée par la loi au pouvoir des magistrats (1).

Quoi qu'il en soit, cette pratique est très souvent employée. Les usages varient selon les ressorts. Dans certains tribunaux le défaut se rabat au moyen de conclusions au fond signées de l'avoué et remises au greffier pendant l'audience ; dans d'autres, il suffit d'une déclaration de constitution faite par l'avoué du défaillant au moment où le jugement est appelé ; dans d'autres encore d'une démarche tentée auprès du président après l'audience. Les effets de cette forme d'opposition, si peu légale qu'elle soit, sont certainement les plus radicaux ; le jugement est anéanti. Il n'y a lieu, ni à enregistrement, ni à expédition, ni à signification.

L'instance s'ouvre comme si elle avait été contradictoire dès le début. Cette pratique est bienfaisante, elle supprime des lenteurs et des frais.

(1) Dalloz, *Rép.*, v. Jugement par défaut, n° 192.

CHAPITRE IV

L'EFFET DE L'OPPOSITION AU JUGEMENT PAR DÉFAUT EN LÉGISLATION COMPARÉE

Avant de donner aux développements consacrés à l'étude de l'effet de l'opposition au jugement par défaut prononcé par un tribunal français, la conclusion qu'ils comportent, nous nous proposons de jeter un rapide coup d'œil sur le domaine de l'opposition en droit comparé et sur les effets de cette voie de recours.

L'examen de quelques législations voisines de la nôtre s'impose, à notre sens pour faire ressortir, par leur comparaison avec notre système, la nécessité de simplifier cette voie de recours. A cet effet, nous nous aiderons des textes mêmes des quelques législations que nous allons examiner et des principales décisions jurisprudentielles qui viendront à l'appui de notre discussion.

Nous limiterons ce rapide exposé à la Belgique, à l'Italie, à l'Allemagne et à l'Angleterre. L'Angleterre a toujours eu un système propre, la Belgique, l'Italie, et l'Allemagne ont subi l'influence la plus étendue possible de nos

lois, puisque nos Codes y ont été mis en vigueur. Cette étude nous permettra donc, par voie de comparaison, de constater les progrès réalisés dans ces pays sur notre législation actuelle. Ajoutons que pour mieux faire ressortir les effets de l'opposition, il nous paraît indispensable d'indiquer de façon sommaire, le fonctionnement de cette voie de recours dans chacun des pays envisagés.

BELGIQUE

La Belgique est, sans conteste, le pays dont la législation se rapproche le plus de la nôtre. Le Code de Procédure civile belge, dont la législation a tenté une révision en 1876 a conservé l'application des principes de notre droit. Il est calqué sur notre Code de Procédure.

Aussi n'est-il pas surprenant que nous rencontrions sur la question qui nous occupe des décisions de doctrine et de jurisprudence semblables à celles de la législation française.

Qu'il s'agisse, en effet, de jugements par défaut faute de constituer avoué, ou de jugements par défaut faute de conclure, les mêmes textes, la même doctrine, la même jurisprudence consacrent le principe dominant : l'opposition, si elle n'est ni tardive ni irrégulière, arrête l'exécution des jugements. S'agit-il de la péremption, nous rencontrons

la même doctrine et la même jurisprudence (1). La Cour suprême belge a décidé que la simple signification du jugement par défaut faite au débiteur saisi sans avoir été suivie d'un acte d'exécution porté à la connaissance du défaillant, laisse tomber le jugement au bout de six mois, conformément aux dispositions des articles 156, 158 et 159 du Code de Procédure civile. La Cour de Bruxelles ajoute du reste que cette péremption n'est pas d'ordre public et qu'elle ne constitue qu'une exception au profit de la partie condamnée, exception à laquelle celle-ci peut renoncer expressément ou tacitement (2).

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent en Belgique que l'opposant a le droit de plaider la cause entière, qu'il peut obtenir le retrait du jugement par défaut, après avoir pris toutes conclusions et invoqué, au besoin, toutes les exceptions qui ne sont pas couvertes.

En est-il de même du demandeur? Quelle est l'étendue de son droit? Telle est la question qui se pose à Bruxelles comme à Paris. Nous avons exposé combien en France a soulevé de difficultés non encore résolues la question de l'anéantissement pur et simple du jugement ou de la suspension de l'exécution.

Il nous semblerait plutôt se dégager de la jurisprudence belge une tendance à l'anéantissement du jugement par défaut. Sur les points précis dont nous nous occupons la

(1) Cf. Cassat., 17 février 1854, *Pasicrisi belge*, 1854, 133.

(2) Cf. Bruxelles, 17 mai 1853, *ibid.*, 1854, 42.

Cour de Cassation belge n'a pas donné son avis. La seule espèce, sur laquelle elle s'est prononcée, est relative à une affaire de commerce. Un arrêt du 7 mars 1901 (1), décide « que le bénéficiaire du jugement par défaut peut, sur « l'opposition faite, lors de l'exécution, par déclaration « sur le procès-verbal de l'huissier, assigner l'opposant en « débouté de l'opposition, sans attendre le délai de trois « jours fixé par l'article 438 du Code de procédure « civile. »

L'opposant, qui a fait sa déclaration d'opposition au jugement lors de la saisie, doit renouveler son opposition dans les trois jours, c'est-à-dire dans un délai très bref, en raison du caractère commercial du jugement.

Pourquoi dès lors, si l'opposition n'anéantit pas le jugement par défaut, autoriser le demandeur à assigner le défendeur en débouté d'opposition puisque 48 heures après cette assignation, si l'opposant ne s'est pas pourvu devant le tribunal le demandeur aura le droit de poursuivre l'exécution?

D'autre part, une décision du tribunal de Charleroi du 31 janvier 1901 (2), déclare que « l'opposition recevable a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et de remettre les parties *dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement.* »

(1) Cass , 7 mars 1901, *Pasic. belge*, 1901, 1, 168.

(2) Charleroi, 31 janvier 1901, *Pasic. belge*, 1901, 3, 188.

Cette décision nous paraît assez formelle quant aux conséquences juridiques de l'opposition pour ne pas insister davantage sur une jurisprudence qui semble admettre qu'en réalité l'opposition a pour effet capital de réduire à néant le jugement rendu par défaut.

Nous ne nous attarderons pas sur la législation belge qui confine avec la nôtre en tous points ; il nous a paru intéressant de signaler l'état de sa jurisprudence. Les législations dont nous nous occuperons se sont davantage écartées des principes de notre Code.

ITALIE

La législation italienne, en matière d'opposition aux jugements rendus par défaut, telle qu'elle résulte du nouveau Code de procédure de 1865, exécutoire à dater du 1^{er} janvier 1866, est l'une des plus intéressantes à consulter.

Il nous paraît indispensable, avant d'envisager les effets de l'opposition, d'indiquer sommairement le mécanisme de la loi italienne qui est frappant dans sa simplicité et a pour ainsi dire, réduit à leur plus simple expression, les principes et les modalités de l'opposition.

Nous y trouvons une unité de doctrine telle qu'il semble difficile de ne pas rencontrer en parallèle la même unité de

vues dans la jurisprudence. Cependant cette anomalie se rencontre ; nous aurons l'occasion d'y revenir plus loin.

Pour ne pas embarrasser les explications et les développements que comporte cet examen, nous nous placerons dans l'hypothèse la plus usuelle du défaut devant les juridictions de droit commun ou tribunaux de première instance. Les règles qui régissent l'opposition devant ces juridictions sont, du reste, applicables en tous points à l'opposition aux jugements par défaut rendus par les tribunaux consulaires (qui ont été supprimés en Italie, en tant que juridictions d'exception composées de juges consulaires et qui ne sont autres que les tribunaux civils jugeant commercialement).

Ces mêmes règles sont appliquées, par ailleurs, devant le préteur, ou juridiction de paix.

Le principe dominant est posé par l'article 474 du Code de Procédure, qui déclare l'opposition impossible dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le défendeur a été assigné par ministère d'huissier, en personne propre (nous disons chez nous, en termes de pratique : « parlant à sa personne »).

2° En cas de réassignation du défendeur non comparant.

Et les articles qui suivent développant ce principe stipulent en ces termes : (477).

« Le défendeur non assigné en personne propre peut
« faire opposition au jugement prononcé à son défaut.

« Mais l'opposition ne sera pas admise si l'assignation a été renouvelée conformément aux prescriptions de l'article 382 ».

« Lorsque le défaut concerne le défendeur non assigné en personne propre, le demandeur peut, pour obtenir les effets de l'article 474, lui faire délivrer un nouvel acte de citation avec déclaration que, s'il ne comparait pas, la cause sera jugée par défaut ».

Telles sont donc les principes et les formes employées pour aboutir à l'irrecevabilité de l'opposition. Elles constituent un système de procédure expéditif et économique que peu de législations ont pratiqué. Le mécanisme est à retenir, car il tend à la suppression presque complète du défaut du défendeur. En effet, ce dernier n'est admis à se pourvoir, dans l'économie du code de procédure italien, contre un jugement rendu par défaut contre lui que dans deux cas limitatifs. D'abord, s'il n'a pas été touché personnellement par l'assignation : la loi exige le « parlant à sa personne ». En conséquence tout acte délivré aux parents ou domestiques de l'assigné, soit à sa résidence, soit à son domicile, soit à sa demeure, et à défaut de résidence, domicile ou demeure, au Parquet, n'entre pas dans les termes précis de la loi, et le défendeur, n'étant pas légalement touché, conserve le droit de faire opposition au jugement qui pourrait être prononcé par défaut contre lui.

En second lieu, et à supposer que le défendeur n'ait pas été touché en personne par l'assignation, l'avoué du

demandeur doit demander acte au tribunal de la non comparution du défendeur, puis conclure à la remise de l'affaire à fin de réassignation du défendeur défaillant. Si, et c'est là le côté original du système du Code de Procédure italien, le défendeur ne constitue pas avoué, le jugement de défaut qui sera rendu ne sera plus susceptible d'opposition, et, par suite, il deviendra définitif, au cas où, bien entendu, le taux de la demande ne comportera pas la voie de l'appel. Telle est, dans son ensemble, la solution préconisée par la loi italienne, dans l'hypothèse d'un seul défendeur non comparant par avoué.

Que décide le Code de Procédure, au cas de deux ou plusieurs défendeurs dont l'un ou plusieurs d'entre eux font défaut?

Nous connaissons les dispositions de notre Code de Procédure civile (art. 153) relatives au défaut profit-joint comportant signification au défaillant, par huissier commis, du jugement par défaut avec réassignation.

Tel est, sans variante sensible, le système de la loi italienne. L'article 382 du Code de Procédure civile, porte, ne effet, que « si pour deux ou plusieurs défendeurs, « l'un est assigné en personne propre et comparaît et qu'un « autre n'est pas assigné en personne propre et ne compareît pas, le demandeur, s'il ne renonce pas au défaut « contre le défendeur défaillant, doit le faire réassigner ». C'est, en somme, l'application du principe de la réassignation auquel nous faisons allusion plus haut ; et il faut

conclure que la réassignation est la règle invariable admise en matière de défaut faute de comparaître, quel que soit le nombre des défendeurs défailants.

Une autre particularité notable du code de procédure italien et qui mérite d'être mentionnée, consiste dans l'absence du défaut faute de conclure. Il est de règle que la constitution d'avoué par le défendeur rend le débat contradictoire et que le défaut de conclure ne modifie en rien le caractère du procès. Si cette éventualité se produit, les tribunaux jugent comme s'il y avait eu dépôt de conclusions. C'est là une différence qui tranche avec les dispositions de notre code.

Signalons aussi un point propre à la législation italienne et relative à l'assignation délivrée à un défendeur domicilié ou résidant à l'étranger. Il est évident qu'en l'espèce, il est difficile, sinon impossible, de toucher personnellement le défendeur en lui délivrant en mains propres la copie de l'assignation. En effet, l'assignation est remise alors au Procureur du Roi qui la transmet au ministre des affaires étrangères qui lui-même la fait parvenir à l'ambassade ou au consulat italien du pays où réside le défendeur. L'ambassadeur ou le consul transmet la pièce au Parquet de la résidence du défendeur qui est saisi de la pièce, par la remise qui lui en est faite par les soins du commissaire de police, lequel retourne au Parquet l'avis de signification. C'est la pratique qui est suivie pour les Italiens résidant à Paris.

Il semble bien, au premier abord, que cette procédure n'équivaut pas à une signification par huissier et que le défendeur contre qui un jugement aura été surpris par défaut devant la juridiction italienne, conservera intact son droit d'opposition.

L'application pure et simple des principes devrait logiquement amener à cette conclusion.

Néanmoins la jurisprudence italienne est divisée et deux opinions absolument divergentes partagent les Cours d'appel. Les unes, celles de Turin et de Gènes accordent au défendeur le droit de faire opposition au jugement (1), les autres, au contraire, celles de Venise, d'Ancône, de Milan, lui dénie formellement ce droit (2). Notons toutefois que la Cour de Gènes est revenue sur sa jurisprudence dans un arrêt de 1905 (3).

Cette question de principe est donc à résoudre à l'heure actuelle ; il est regrettable qu'elle n'ait pas été soumise à l'appréciation souveraine d'une Cour de cassation italienne. Le fût-elle du reste qu'on pourrait peut-être trouver une divergence dans la décision des Cours suprêmes auxquelles aurait incombé le soin de juger, car, lacune regrettable, il n'existe pas, en Italie, une Cour de cassation unique, appelée

(1) Cour d'appel de Turin, 24 avril 1904, *Foco Italiano, Rép.*, 1904. — Gènes, 31 décembre 1891, *Foro Italiano, Rép.* 1892. — Turin, 26 juin 1863, *Giurisprudenza*, 1869 (à sa date).

(2) Ancône, 4 nov. 1885, *Foro Italiano*, 1886, 1, 31. — Milan, 14 avril 1896, *ibid.*, *Rép.*, 1903. — Venise, 25 octobre 1898, *ibid.*, 1899, 189

(3) Gènes, 21 mars 1905, *Tem Genevose*, 1905, 212.

à statuer définitivement sur les points de droit qui divisent la jurisprudence des Cours d'appel (1).

Il est intéressant de faire ressortir un autre point qui a trait au cumul des deux voies de réformation : l'appel et l'opposition.

La Cour de cassation de Naples, par un arrêt du 1^{er} août 1907 a décidé que le défendeur condamné par défaut n'a plus le moyen de faire opposition au jugement s'il a déjà interjeté appel du jugement (2).

Elle a déclaré que si l'appel interjeté contre un jugement comporte une renonciation au droit de former opposition à ce jugement, il n'en irait pas de même dans l'hypothèse inverse où le défendeur se serait pourvu par la voie d'opposition et aurait ensuite interjeté appel du même jugement. En ce cas, le cumul des deux voies de recours est admis.

Cette particularité est intéressante au premier chef en ce qu'elle attire davantage l'attention des magistrats de première instance sur la cause qui leur est soumise, et que, surtout, elle présente une économie de temps au point de vue de la procédure à suivre. C'est, du reste, un trait caractéristique de la législation italienne, de simplifier, dans la plus large mesure possible la procédure. En effet, la procédure italienne, en général, est sommaire : le pré-

(1) Il existe, en effet, en Italie cinq cours de Cassation : Turin, Florence, Rome, Palerme et Naples.

(2) Cf. *Diretto e Guirispudenza*, p. 861.

liminaire de conciliation n'existe qu'à l'état d'exception, par opposition à notre procédure française.

C'est là un nouveau point de dissemblance entre les deux codes de procédure français et italien.

Il faut ajouter enfin, pour compléter cette vue d'ensemble sur l'opposition en droit italien, qu'il ignore la péremption de six mois qui frappe, chez nous les jugements de défaut; et qu'en Italie, ces jugements sont susceptibles d'opposition pendant 30 ans.

Tel est donc le système adopté par le Code de procédure de 1865. L'opposition y est limitée dans une mesure telle qu'en pratique, on peut dire que les jugements de défaut constituent une infime minorité dans le nombre des décisions rendues par les tribunaux. Aussi, en l'état de la question, il est rare que des difficultés s'élèvent à propos des effets de l'opposition aux jugements. On ne connaît, d'après les explications que nous avons développées, qu'une sorte de défaut : le défaut faute de comparaître et encore, nous le répétons à dessein, n'est-il pas d'un usage fréquent.

Quand l'éventualité d'une opposition se produit, quels en sont les effets? S'agit-il du défaut du défendeur, de doctrine constante, l'opposition remet les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si le jugement par défaut n'avait pas été prononcé : c'est dire que les débats reprennent sur l'assignation primitive et que le jugement est anéanti. Ce point est incontesté et, en jurisprudence

n'a amené aucun dissentiment dans les décisions judiciaires. S'agit-il, au contraire, du défaut du demandeur, l'article 381 évite toute contestation possible par sa limpidité; le défendeur peut faire déclarer la contumace du demandeur aux fins d'obtenir l'absolution de l'instance et le remboursement des dépens. L'affaire est donc purement et simplement rayée du rôle. Nous n'insisterons pas sur le point de savoir si le tribunal dans notre hypothèse peut statuer sur le fond : tout porte à croire qu'il peut le faire, mais la question n'a pas été résolue avec netteté par les textes.

ALLEMAGNE

Avant la rédaction définitive du Code de procédure civile mis en vigueur le 30 janvier 1877, l'Allemagne vivait sous un régime de procédure variant suivant les régions de l'empire. Ce Code a subi d'importantes modifications traduites dans un nouveau texte voté par le Reistag le 17 mai 1898, avec une loi d'introduction déclarant que le nouveau Code de procédure civile serait mis en vigueur en même temps que le nouveau Code civil allemand, à la date du 1^{er} janvier 1900. Il existait, en réalité, antérieurement à la promulgation du Code de procédure de 1877, trois systèmes opposés l'un à l'autre.

1^o La procédure commune résultante d'usages judiciaires qui, suivant la très heureuse expression de M. Glas-

son, « formait un vaste chaos dont on se tirait comme on « pouvait, et souvent, on ne le pouvait pas » (1).

Cette procédure consistait en une instruction écrite, sous la direction du juge. En ce qui concerne plus spécialement le défaut et l'opposition, l'usage avait établi que, faute par les défendeurs de comparaître à l'audience, la cause était jugée par défaut sur les conclusions écrites, développées verbalement (ce qui était indispensable) de la partie comparante. On tenait pour admis le titre que celle-ci produisait et pour avérés les faits qu'elle alléguait. C'était, en somme, une instruction écrite, avec débat oral et jugement rendu sur rapport.

2° Le système du Code de procédure civile français qui était appliqué dans le ressort des provinces rhénanes et en Alsace-Lorraine, avec toutes les complications que comporte notre Code en matière de procédure d'opposition.

3° Le Code Hanovrien, du 8 novembre 1850, qui accordait la prééminence à la discussion orale et dont, au reste, il est resté plus d'une trace dans la rédaction nouvelle du Code de procédure de 1877. C'est ainsi, le fait mérite d'être signalé, car le principe en a subsisté en Allemagne, que le Code Hanovrien n'admettait pas la pose de qualités par laquelle, dans le système du Code de procédure civile français appliqué en Allemagne, l'affaire est contradictoire

(1) Glasson, traduction du *Code de procédure civile allemand*. Introduction.

et après laquelle le jugement par défaut ne peut plus intervenir.

Telle était la division tripartite de l'Empire avant le Code de procédure civile de 1877⁹ modifié le 17 mai 1898, une fusion des trois systèmes en vigueur avant sa promulgation qui a été opérée en puisant dans le Code de procédure française les décisions les plus juridiques tout en les colorant des principes puisés dans les autres systèmes de la procédure commune et du Code Hanovrien.

L'idée dominante depuis 1877, est que tout ce qui n'est pas dit à l'audience n'existe pas pour le juge. La procédure est essentiellement orale et si des conclusions écrites sont déposées sur le bureau du tribunal, elles constituent, en réalité, un memorandum qui peut être modifié dans sa teneur, par les magistrats, suivant les déclarations orales des parties ou de leurs avocats (1). Il découle de ce principe que, soit par elles-mêmes, soit par leurs mandataires, les parties doivent toujours être présentes à l'audience. Quand l'une d'elles ne comparait pas, il y a lieu à jugement par défaut. Etudions rapidement les diverses espèces de défaut admis par la législation allemande, après avoir noté que, dans son titre relatif à l'opposition (art. 330 à 348), elle ne résout pas la question du défaut profit-joint.

L'article 230 du Code de procédure civile allemand décide que si le demandeur ne « comparait pas au jour

(1) Les avoués mandataires judiciaires des plaideurs sont aussi leurs avocats. Loi d'organisation judiciaire.

« fixé pour le débat oral, il est rendu, sur les conclusions
« du défendeur un jugement par défaut qui déboute le
« demandeur de son action. »

C'est notre défaut-congé, avec la même obscurité qui a donné lieu à controverse entre nos auteurs français, notre article 154. Impose-t-il aux juges de donner purement et simplement congé contre le demandeur défaillant ou leur permet-il d'adjuger au défendeur les conclusions qu'il a prises ? La loi allemande ne tranche pas cette question de façon précise et cependant, dans la pratique, lorsque les juges n'éprouvent aucun doute sur le mal fondé apparent de la demande, ils n'hésitent pas à statuer dans ce sens.

L'effet du défaut du demandeur, à supposer que le débouté soit pur et simple, sans adjudication, au défendeur de conclusions autres que celles de débouté, est le même que dans notre code. Le demandeur supporte les frais d'instance et peut engager une instance nouvelle.

Le défaut du défendeur est prévu par l'article 334. Au jour fixé pour le débat oral par le Tribunal « le demandeur
« peut requérir jugement de défaut contre le défendeur
« qui ne comparaît pas, et les faits exposés verbalement
« par le demandeur sont réputés reconnus. »

« Si l'exposé verbal justifie les conclusions du deman-
« deur, elles lui sont adjugées, et, dans le cas contraire
« l'action est repoussée. »

Il faut relever dans cette disposition l'importance déjà signalée, donnée au débat oral. Il faut ne pas omettre de

noter le point de ressemblance qui existe entre la disposition de l'article 331 du Code allemand et notre article 150. La non comparution du défendeur ne constitue pas un aveu de son tort, et, bien que la contumace constitue une présomption contre le défaillant, le juge n'est pas autorisé à prononcer la condamnation si le demandeur n'a pas établi le bien fondé de sa demande. Il faut que les faits allégués par le demandeur soient pertinents. Tel est aussi le caractère de la législation italienne, que nous envisageons par ailleurs.

Quelles formes revêt, dans la loi allemande le défaut du défendeur ? A cette question répondent les articles 333 et 334.

333 « On doit considérer comme ne comparaisant pas, « la partie qui, présente au jour fixé, ne prend pas part « au débat. »

Cela signifie que le défendeur, comparait ou ne comparait pas : on ne connaît pas, en Allemagne, le défaut faute de conclure, qui a été écarté en vertu du principe que le débat est oral et indivisible.

Et l'article 334 développant cette idée décide que :

« Si une partie prend part au débat, mais sans « s'expliquer sur les faits, les écrits ou le serment déferé, « les dispositions du présent titre cessent de s'appliquer.

Autrement dit, dans le même débat, à la même audience, si le défendeur, par son mandataire, conteste

oralement le bien fondé de la demande, en principe le débat est lié contradictoirement.

Telle est, dans ses lignes principales et dans ses principes la procédure des jugements par défaut. Ils sont susceptibles d'opposition (art. 338). « La partie contre laquelle a
« été rendu un jugement par défaut, peut y former
« opposition. »

L'opposition est recevable pendant un délai de deux semaines, délai de rigueur, qui court à dater du jour de la signification du jugement à personne. Nous ne trouvons pas dans le code allemand de dispositions analogues à notre article 158, aux termes duquel l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. La solution des procès est ainsi hâtée. Cela ne veut pas dire que les intérêts du défaillant soient sacrifiés, car, dans tous les cas, ce dernier doit être touché par la signification du jugement rendu contre lui par défaut.

C'est ce qui résulte d'un jugement du tribunal de Nancy, du 13 juillet 1892 (1) interprétant les articles 338 et 346 du code de procédure civile allemand, dont il est utile de relever les principaux motifs.

« Attendu qu'aux termes de l'article 474, les jugements
« par défaut ne sont pas susceptibles d'appel, mais que la
« partie contre laquelle ils ont été rendus, peut y former
« opposition, et, qu'aux termes des articles 303 et 304, le

(1) Clunet, *Journ. de droit international privé*, 1884, 6, 505.

« délai d'opposition qui est, en règle générale, de deux
« semaines, et qui court du jour de la signification du
« jugement par défaut ou de l'ordonnance d'exécution,
« est plus prolongé et doit être fixé par le tribunal lui-
« même, par le jugement ou par une ordonnance spéciale
« et postérieure quand la signification doit être faite en
« pays étranger ou à une partie dont la résidence est
« inconnue.

« Attendu que l'ordonnance d'exécution, pour devenir
« définitive par application des articles 304, 182, 186 et
« 187 du code de procédure civile allemand, devait être
« faite par voie de commission rogatoire à l'État français,
« ou tout au moins, dans le cas peu probable ou X (le
« demandeur) aurait ignoré le domicile des époux Y (les
« défendeurs,) par le moyen d'une affiche sur le tableau
« spécial au prétoire et par deux insertions dans la feuille
« publique allemande désignée pour les publications
« officielles. ».....

Et le tribunal de Nancy, de refuser de donner *l'exequatur*
au jugement du tribunal de Metz, rendu le 21 juin 1889.

Nous avons jugé utile de transcrire ces considérants qui,
mieux que tous autres commentaires, indiquent, dans leur
précision les formes usitées en Allemagne pour la significa-
tion des jugements par défaut, et le point de départ du
délai de deux semaines fixé pour recourir utilement à la
voie d'opposition, point de départ qui se place à partir du
jour de la signification du jugement et non, ainsi que l'a

décidé par erreur un jugement du tribunal de la Seine du 5 avril 1884, à partir de la date même du jugement (1).

Les garanties de signification ainsi accordées au défendeur défaillant, il lui est loisible de former opposition dans les formes prévues par l'article 340, et sur lesquelles nous jugeons inutile de nous appesantir.

Quels seront les effets de cette opposition régulièrement notifiée ?

Nous devons, d'ores et déjà déclarer que leur examen par les tribunaux n'a donné lieu à aucune divergence. C'est en vain que l'on compulse les deux recueils de jurisprudence allemands, soit la collection des arrêts de la Cour de Leipzig, soit la « Juridiction des Cours d'appel. » Il n'apparaît nulle part que l'application des principes posés en la matière des effets de l'opposition ait créé deux courants contraires d'interprétation. Il n'existe à notre connaissance aucune décision du Tribunal de l'empire sur la question.

Nous en sommes donc réduits à énumérer, sans commentaires spéciaux les effets de l'opposition aux jugements par défaut.

1° Tout d'abord, lorsque l'opposition est recevable (art. 342) (c'est-à-dire lorsqu'elle est intervenue dans le délai de deux semaines fixé par l'art. 339 au défendeur défaillant pour conjurer les effets du jugement) « le procès est remis dans l'état où il était avant le défaut. »

(1) Cf. Clunet, *Revue de droit international privé*, 1892 (à sa date).

Les débats sont réouverts sur les bases de l'assignation primitive. Et l'article 343, commentant cet effet, déclare que « si la décision à intervenir après les nouveaux débats « est conforme au jugement par défaut, le tribunal déclara que celui-ci est confirmé. Dans le cas contraire, le « jugement par défaut sera rapporté par le nouveau jugement. » C'est l'affirmation que le tribunal n'est pas lié par la première décision qu'il avait lui-même rendue au défaut du défendeur, qui nous paraît être une superfétation bien inutile, mais qui dénote, disons-le, au passage, l'esprit de déduction du législateur allemand.

Mais voici un effet de l'opposition qui a lui, le mérite de la nouveauté et dont nous n'avons pas trace dans notre code de Procédure. En effet, l'article 344 décide que :

« Lorsque le jugement par défaut a été rendu conformément aux dispositions de la loi, les frais occasionnés par le défaut sont mis à la charge du défaillant, même si « à la suite de son opposition, le jugement est modifié, « pourvu que ces frais n'aient pas leur cause dans une « contradiction mal fondée de l'adversaire. »

Disposition tout équitable et qu'il serait souhaitable de voir figurer dans toute législation pondérée. Elle laisse au juge le soin de faire supporter la charge des frais au demandeur qui succombe sur l'opposition dans l'hypothèse possible où il a intenté son action à la légère et avec mauvaise foi ; et d'autre part, cette éventualité écartée, elle constitue pour le défendeur qui sort vainqueur de

l'opposition, une sorte de pénalité que la loi lui inflige pour n'avoir pas cru bon de se rendre à la première assignation qui lui a été délivrée.

Un dernier point est visé par l'article 345, celui du défaut de comparution du défendeur sur son opposition. Nous y trouverons énoncée la règle « opposition sur opposition « ne vaut ». Toute partie qui a formé opposition, mais « qui ne comparait pas à l'audience indiquée pour le débat « oral, ou à laquelle les débats ont été remis, ou qui ne « conclut pas au fond, est non recevable à former opposition au jugement par défaut qui l'a déboutée de l'opposition. »

C'est là le principe : mais la partie opposante devant être présente, par elle-même ou par son mandataire légal et devant oralement présenter et déclarer les moyens qu'elle invoque à l'appui de son opposition (1), il résulte que, dans certaine hypothèse, l'opposition sera de nouveau recevable. Il faut pour atteindre ce but, se placer dans l'hypothèse spéciale de l'article 345 d'une remise de l'affaire pour continuation des débats, à une audience ultérieure. A cette nouvelle audience, les débats reprennent, comme s'il n'y avait eu aucune remise, le défendeur peut faire défaut à nouveau et former une nouvelle opposition. C'est à notre avis une lacune.

(1) Contrairement à ce qui se passe en France, le débat n'est pas écrit. Le juge allemand n'a à tenir compte, pour éclairer sa religion que des déclarations orales faites à l'audience par les parties ou leurs mandataires légaux.

Nous devons enfin signaler une disposition spéciale à la législation allemande, en matière d'appel d'un jugement rendu par défaut. Nous savons que la loi française admet, dans le cas où il est possible, l'appel relevé contre un jugement rendu sur opposition. Telle n'est pas la décision du Code de procédure civile allemand. Le paragraphe 513, enlève au défaillant le privilège de cette voie de recours, en décidant que « un jugement par défaut ne peut plus être « attaqué par voie d'appel. » Ainsi donc, et le texte est précis, passé le délai d'opposition qui, en principe, et sauf décision contraire du tribunal, est de deux semaines, le défaillant est déchu du droit d'appeler du jugement de défaut qui devient définitif et, en conséquence, susceptible d'exécution immédiate. Toutefois, le même article 513 fait une restriction à cette déchéance, restriction, du reste, absolument platonique, par laquelle le défaillant peut interjeter appel pour faire arrêter si « le jugement qualifié de jugement par défaut n'est pas un jugement par défaut. »

Il y a donc ici suppression d'une voie de recours au dam du défaillant, suppression qui a sa source dans cette idée dominante de la législation allemande qu'il est inadmissible qu'un justiciable puisse ne pas se présenter devant un tribunal saisi du différend qui l'intéresse.

Nous en aurions terminé avec l'examen des effets de l'opposition si nous ne croyions utile de signaler une procédure spéciale à la législation allemande devant le tribunal

de bailliage (tribunal de paix) qualifiée par la loi de procédure « par voie de sommation. » Elle est prévue par les articles 628 et suivants du Code et consiste dans une procédure sommaire spéciale aux fins d'exécution immédiate pour les créances liquides ayant pour objet, soit une somme d'argent, soit des valeurs ou des choses fongibles déterminées.

Le tribunal de bailliage peut décerner contre le débiteur un ordre de paiement conditionnel aux termes duquel ce dernier est tenu d'acquitter sa dette dans les deux semaines, à partir de la signification : et, passé ce délai, faute de paiement ou d'opposition de la part du signifié, le créancier obtient du juge l'autorisation d'exécution forcée, autorisation qui a la même valeur qu'un jugement définitif par défaut.

C'est là une procédure expéditive qui présume une créance incontestable, en principe.

Néanmoins le prétendu débiteur a la faculté de faire opposition au commandement de payer, tout comme il peut le faire à un jugement par défaut qui lui est valablement signifié. Ce qu'il y a de caractéristique dans ce commandement délivré par le président du tribunal de bailliage, c'est qu'il peut être délivré quel que soit le quantum de la demande. Le défendeur formule son opposition par simple lettre, au besoin, et, en tous cas, sans être tenu de la signifier par acte extrajudiciaire au juge de bailliage. Cette opposition ainsi faite, ou la cause est du

ressort du tribunal de bailliage ou elle compète aux tribunaux régionaux. Dans le premier cas, le tribunal de bailliage est valablement saisi de l'opposition et juge. Dans le second cas, le demandeur, sous peine de déchéance doit porter la cause devant le tribunal régional compétent. La procédure sommaire du commandement telle que nous l'avons esquissée a du reste perdu tout crédit en Allemagne en raison des nombreuses oppositions qu'elle a suscitées. C'est une complication peu recommandable dans un système judiciaire de procédure. Nous ne l'avons mentionnée, du reste, qu'en égard aux effets de l'opposition qu'elle engendre.

Ajoutons enfin que nous nous sommes placés dans l'hypothèse la plus courante de l'opposition au jugement par défaut prononcé par un tribunal de bailliage. Les règles que nous venons de traduire seraient applicables devant toutes autres juridictions et même devant les Chambres de commerce composées d'un élément judiciaire et d'éléments civils, étant présidées par un juge au tribunal civil, avec, pour assesseurs, deux notables commerçants du siège du tribunal. La règle est générale.

Il faut, pour conclure, reconnaître que le défaut est très peu pratiqué en Allemagne, en raison de la défaveur dont il est entouré auprès des tribunaux. La condamnation aux frais de l'instance par défaut, la privation dans le cas cité de la voie de l'appel, sont des considérations de nature à inciter les justiciables à répondre aux assignations qui

leur sont lancées. On ne pourrait donc qu'applaudir à l'idée de voir figurer dans notre Code quelques-unes des dispositions que nous avons passées en revue.

ANGLETERRE

Il nous reste, pour clôturer notre étude, à jeter un rapide coup d'œil sur la législation anglaise qui présente, sur cette matière, un intérêt tout particulier. C'est qu'en effet, on peut dire que si en Angleterre, le défaut existe en fait, le moyen de le rabattre par la voie naturelle de l'opposition, n'existe pas en droit.

Nous n'aurons pas le mérite de la nouveauté, en disant que l'Angleterre est un des rares pays de dernière civilisation où l'on est surpris de ne pas trouver une codification générale des lois. La jurisprudence y exerce une influence particulièrement grande.

La procédure d'opposition n'est pas admise par la législation anglaise, avons-nous dit, et cela tient au rigorisme de l'esprit anglais. Là, en effet, moins que partout ailleurs, le défaut d'une partie est inexcusable, en principe, étant donnée la certitude pour le magistrat que le défaillant n'a pas pu n'être pas touché par l'assignation.

Il est de règle absolue, que l'assigné doit recevoir en mains propres son assignation et le demandeur qui aurait transgressé cette règle essentielle s'exposant aux peines du

parjure (1) ; tout défaut de la part de l'assigné est considéré comme inadmissible par la législation anglaise. Partant, il a été, de tout temps, admis que le juge qui aurait vidé un différend, hors la présence du défendeur, ne pourrait plus être saisi de l'affaire par la voie de l'opposition.

Nous trouvons trace de cette règle dans une décision déjà lointaine du tribunal de Bordeaux du 30 novembre 1869 (1) qui s'exprime dans les termes suivants, dans son principal considérant :

« Attendu qu'il résulte des documents officiels fournis au
« ministère public, après consultation demandée et délivrée
« par les conseillers en droit de la couronne, expédiée par
« l'ordre du ministre anglais des affaires étrangères, que
« les jugements prononcés par défaut ou contradictoire-
« ment rendus par le tribunal du Banc de la Reine, ont
« indistinctement et également un caractère définitif et
« qu'il n'existe entre eux, aucune différence quant à leur
« effet légal ;

« Que spécialement le jugement rendu par ce tribunal,
« le 10 août 1866, entre Horace Clarkson et Halvoé-
« Andre'as Bontzen, représenté par son avocat, lequel n'a
« rien dit à la barre sur les conclusions du demandeur, —
« qu'il soit contradictoire ou par défaut, — devait être con-
« sidéré comme définitif ;

(1) Le demandeur est tenu d'affirmer sous serment au juge que le défendeur a été touché par l'assignation.

« Qu'il n'est pas nécessaire que ce jugement soit devenu
« souverain et définitif pour servir de base à une saisie-
« arrêt en France ;

« Qu'il suffise qu'il soit devenu définitif et qu'il puisse
« engendrer pour celui qui l'a obtenu en Angleterre, le
« droit de le ramener à exécution sur les facultés du débi-
« teur condamné, etc. »

Le tribunal civil de Versailles, le 17 août 1883, la Cour de Paris le 19 août 1884 s'expriment ainsi : « Attendu que les sentences de la Cour de justice dite « Banc de la Reine » ont un caractère définitif sans qu'il y ait à distinguer si elles sont contradictoires ou par défaut, etc. »

Nous n'envisageons pas ici le côté international de la question, nous ne cherchons pas à savoir si les tribunaux français peuvent ou non accorder l'exequatur à un jugement prononcé par défaut en Angleterre, question sur laquelle nous nous heurterions à une jurisprudence contradictoire et qui nous mènerait en dehors du cadre que nous nous sommes tracé.

Le point sur lequel nous insistons est celui de la suppression totale de la voie de l'opposition. Ce n'est pas seulement la justice française qui a constaté ce principe ; il a été formulé en termes précis dans une espèce assez récente jugée par le Banc du Roi le 11 décembre 1908, à l'occasion de l'exécution en Angleterre d'un jugement rendu par le tribunal de Commerce de la Seine, à la date du 1^{er} septembre 1906.

Le jugement du tribunal de Commerce de la Seine condamnait David Maxivell et C^{ie} fabricants d'instruments agricoles, ayant leurs établissements agricoles à Ontario (Canada) et au n^o 93 Soutwark Street, Londres (EC) sans avoir, du reste, ni domicile ni résidence en France, à une somme X de dommages-intérêts, après avoir prononcé la résiliation du contrat au profit de Gaborian et C^{ie}.

En vue d'exécuter le jugement du tribunal de Commerce de la Seine, Gaborian et C^{ie} se proposaient de saisir, dans les docks du Havre où elles étaient déposées, des machines agricoles appartenant aux défendeurs. Sur la saisie, les défendeurs firent opposition et prétendirent que les tribunaux français n'étaient pas compétents. Le tribunal les débouta de leur opposition et les demandeurs voulant poursuivre l'exécution complète de leur jugement, le présentaient à l'exequatur du juge anglais.

Voici, en suite de cette demande d'exequatur, la décision rendue par M. le juge Pickfort :

« Il y avait un contrat de fournitures d'instruments agricoles, mais, pour des raisons qu'il n'est pas nécessaire d'apprécier, les demandeurs ont refusé de prendre livraison et demandé au tribunal de Commerce de la Seine de prononcer la résiliation du contrat en leur accordant des dommages-intérêts. »

(1) En faveur de *l'exequatur*, Paris, 23 février 1866 (S. 66, 2, 300) *contra* : Paris, 11 mai 1869 (S. 70, 2, 10). — Paris, 17 août 1877 (S. 77 à sa date).

« Les défendeurs ont eu connaissance de la procédure, mais
« ont jugé bon de ne pas comparaître, s'appuyant sur la
« théorie que les jugements rendus par défaut d'un tribunal
« étranger, ne peuvent être rendus exécutoires en Angleterre ».

« Le tribunal avait été informé que les défendeurs
« n'avaient pas de biens en France. Les défendeurs,
« dans l'intervalle, par l'intermédiaire de leurs repré-
« sentants légaux, essayèrent de prendre possession des
« machines au Havre. Les machines n'avaient pas été
« saisies, mais elles étaient sur le point de l'être. C'est
« alors que l'opposition fut formée et notifiée. Le
« jugement fut confirmé ».

« Par leur comparution devant le tribunal du Havre, en
« vue d'empêcher la saisie de leurs marchandises, les
« défendeurs ont reconnu la compétence des tribunaux
« français : ils ne peuvent donc pas dire que leur compa-
« rution n'était pas volontaire ».

« Le juge déclare qu'à sa connaissance, aucune Cour
« anglaise n'a décidé jusqu'à présent que la comparution
« devant une Cour étrangère dans le but de protéger les
« biens soumis à la juridiction de cette Cour, n'a été consi-
« dérée comme une comparution involontaire. Les défen-
« deurs ont eu une occasion de se défendre au fond ».

« Les défendeurs sont donc liés par le jugement et les
« tribunaux anglais doivent le déclarer exécutoire.

Telle est, dans sa saisissante précision la décision type
de l'*unus judex londonien* que nous avons cru bon de citer

en entier, et dans laquelle nous tenons à relever la partie relative au rejet par le juge du moyen invoqué par les défendeurs et consistant à prétendre que les jugements par défaut rendus par un tribunal étranger ne peuvent être rendus exécutoires en Angleterre.

M. le juge, Pickford ne conteste pas le principe, mais il en écarte l'application dans l'espèce qui lui a été soumise, estimant que la comparution des défendeurs avait été volontaire et que dès lors, la décision du tribunal français présentait les caractères juridiques d'un jugement contradictoire et non d'un jugement par défaut, auquel cas, par *à contrario*, il leur eut donné gain de cause.

Par conséquent, nous pouvons conclure qu'il n'y a contre les jugements rendus par défaut par le juge anglais qu'une seule voie de recours possible (dans le cas où ce recours est légalement admissible) et qui est la voie de l'appel.

Il faudra donc, quant aux effets de cette voie de recours, la seule ouverte au défendeur défaillant, appliquer les règles de droit commun du droit anglais en matière d'appel. Notons, en passant, que l'appel n'est pas suspensif, à moins que la Cour ou le juge qui a rendu le jugement ou la Cour d'appel n'en décident autrement, et ce par une ordonnance (1).

Nous pourrions nous demander si cette législation est

(1) Art. 58 : Annexe de l'acte du 5 août 1873.

logique et s'il n'y a pas quelque arbitraire à priver ainsi les justiciables d'une voie de recours à laquelle ils semblent avoir le droit de prétendre. On pourrait discuter la question au point de vue des purs principes, et à cet égard, il faut bien reconnaître qu'il y a là une violation de droit qui froisserait les sentiments de beaucoup de juristes. Néanmoins, on est amené, en dernière analyse, à voir la cause de cette décision, dans le tempérament du peuple anglais, essentiellement respectueux de la parole donnée et respectueux aussi des obligations et du respect que doivent avoir les justiciables vis-à-vis des représentants de la justice. Nous concluons en avouant que pour simple qu'elle soit, (elle nous paraît même l'être à l'excès), cette règle ne nous paraît pas recommandable au point d'être proposée ni introduite dans notre législation. En définitive la législation anglaise est celle où le défendeur défaillant est le moins favorisé.

CONCLUSION

Les effets de l'opposition, nous l'avons vu au cours de cette étude, ont donné lieu à de multiples discussions. Si l'examen de la doctrine donne des notions très nettes quoique divergentes, la jurisprudence est très confuse ; ses décisions sont nombreuses, variées, contradictoires.

Certains points cependant semblent définitivement fixés. Il est regrettable que l'effet principal de l'opposition, l'anéantissement ou le maintien du jugement par défaut, soit resté douteux et incertain.

La Cour de cassation paraît cependant favorable à la théorie de l'anéantissement. Certains arrêts déclarent que l'opposition fait « tomber le jugement », remet les parties au même état où elles se trouvaient avant le jugement. » Les Cours d'appel et les tribunaux de première instance se sont inspirés des mêmes expressions en les rendant plus énergiques encore.

Le tribunal civil de la Seine le 8 mars 1898 affirme que

l'opposition a pour résultat « d'anéantir le jugement », de le rendre « absolument inexistant ». Ces mots se retrouvent d'ailleurs comme à l'envi dans d'autres décisions.

Cette jurisprudence ajoute à la loi, elle est en opposition ouverte avec la plupart des auteurs. Quelles sont donc les considérations qui l'ont établie ?

Les juges ont, sans nul doute, estimé que si l'opposant était admis à prendre toutes conclusions, il était équitable que le demandeur le fût aussi ; ils ont encore pensé que le jugement par défaut est présumé obtenu par erreur, qu'il ne peut, dès qu'il est frappé d'opposition, autoriser contre le défendeur aucune mesure préjudiciable. Le respect de l'équité semble avoir déterminé les tribunaux à déclarer anéanti le jugement par défaut. Nous nous sommes efforcés de démontrer que le jugement par défaut peut subsister bien qu'on permette au demandeur de modifier sa demande et de poser des conclusions nouvelles, qu'il présente théoriquement au moins certaines garanties, les conclusions du demandeur n'étant adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées.

La jurisprudence a eu le tort de vouloir échaufauder une théorie d'ordre général et absolu, à l'occasion des questions particulières qui lui étaient soumises. Les expressions peu heureuses dont elle s'est servie ont certainement dépassé la pensée des rédacteurs des jugements et des arrêts. Les mêmes juges, après avoir à différentes reprises prononcé « l'anéantissement » du jugement par défaut,

n'ont-ils pas, maintes fois, dans d'autres décisions, « confirmé » le jugement frappé d'opposition, ne l'ont-ils pas maintenu pour sortir son plein et entier effet » ? Comment confirmer, maintenir ce qui est anéanti ?

La jurisprudence n'a pas d'ailleurs poussé la théorie de l'anéantissement jusqu'à ses extrêmes conséquences. Plusieurs tribunaux, plusieurs Cours d'appel l'ont soumise à une critique très serrée et très juste. Des décisions très récentes, celles de la Cour d'Aix du 22 novembre 1907, de la Cour de Montpellier du 25 février 1909 par exemple, combattent la théorie de l'anéantissement et créent contre elle un courant qui n'est plus négligeable.

On ne peut donc dire que la théorie de l'anéantissement soit universellement admise dans la jurisprudence, et que la Cour de Cassation l'ait fait définitivement sienne. Le rapport d'un des plus éminents magistrats de cette Cour, aujourd'hui saisie d'une espèce dans laquelle elle pourra se prononcer nettement, permet même d'espérer un revirement.

Nous souhaitons que le maintien du jugement par défaut soit définitivement prononcé et qu'à l'avenir, la jurisprudence offre aux justiciables sur ce point d'importance pratique considérable des solutions uniformes. La Commission de réforme du Code de procédure civile ne manquera pas, nous l'espérons, d'élaborer sur les effets de l'opposition un texte précis et complet. Il serait désirable

que l'examen des législations étrangères plus récentes que la nôtre ne la laissât pas indifférent.

Il est incontestable, en effet, que la procédure d'opposition est, dans notre Code, d'une complexité regrettable et que les Codes plus récents que le nôtre y ont apporté des simplifications précieuses. Le système allemand qui supprime même l'appel à l'opposant ne saurait nous satisfaire, cette déchéance, cette pénalité nous semble trop dure, contraire même aux principes du droit de la défense.

Le système anglais s'oppose trop à nos mœurs pour prétendre l'imposer au législateur, mais nous ne pouvons clôturer notre étude sans insister sur la logique du système italien. La suppression presque absolue de l'opposition et la réassignation ont fait leur preuve en Italie et n'ont soulevé aucune protestation.

Que le Code de procédure civile aujourd'hui à l'étude s'inspire de cette législation voisine, qu'il simplifie la procédure du défaut et de l'opposition, c'est là notre conclusion dernière.

Vu :

Le Président de la thèse,
ALBERT TISSIER.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

ALAUZET. — *Commentaire des faillites et banqueroutes.*

BÉDARRIDE. — *Commentaire du Code de commerce.*

BEUDANT. — Note dans *D. P.*, 69, 2. 73.

BIOCHE. — *Dictionnaire de procédure civile et commerciale. Verbis
jugement par défaut et faillite.*

BONCENNE. — *Théorie de la procédure civile.*

CARRÉ et CHAUVEAU. — *Lois de la procédure civile.*

CHAUVEAU. — *Dictionnaire général et complet de procédure*, v^o jugement.

CHAUVEAU. — Notes dans *P. fr. pér.*, 1898, 2, 129 ; 1892, 2, 289.

COHENDY. — Note dans *C. P.*

CUQ. — *Institutions juridiques et romaines.*

DUPARQUET. — *L'opposition.*

FOURNIER. — *Les officialités au moyen âge.*

GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de procédure civile.*

GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain.*

GLASSON, COLMET DAAGE et TISSIER. — *Précis de procédure civile,
théorique et pratique.*

GLASSON. — *Sources de la procédure civile*. Notes dans C. P. 1886, 2, 63. — D. P. 90, 1, 70, 71.

JOUSSE. — *Nouveau commentaire de l'ordonnance civile de 1667*.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*.

MOURLON. — *Répétitions sur le Code de procédure civile*.

OUDINOT. — *De la représentation imparfaite en droit français*.

POTHIER. — *Traité de l'hypothèque*.

ROUSSEAU ET LAISNEY. — *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, v^o Jugement.

RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial, et supplément*, v^o faillite syndic.

THALLER. — *Traité de droit commercial*.

TISSIER. — Notes dans Sirey, 1893, 1. 81 — 1894, 1. 233.

TISSIER. — Article dans la *Revue politique et parlementaire*. (Année 1907, tome 1, p. 289) « la réforme du Code de procédure civile en France ».

VIVET. — *De l'opposition aux jugements en matière civile et commerciale*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	PAGES
Historique	1
CHAPITRE I. — <i>Des effets de l'opposition régulière</i>	11
<i>Section I.</i> — Effets généraux	11
§ 1. — L'opposition, voie de suspension	11
§ 2. — L'opposition, voie de rétractation	18
Retour des parties devant le tribunal	18
Remise en question de la chose jugée à l'égard du défaillant	21
De l'anéantissement du jugement rendu par défaut : L'opposition et les demandes nou- velles	25
L'opposition et les actes conservatoires (ins- cription d'hypothèque, saisie-arrêt, saisie foraine)	33
L'opposition et les actes d'exécution	47
L'opposition et l'instance	48

<i>Section II. — Effets particuliers.....</i>	55
§ 1. — L'opposition et l'appel.....	55
§ 2. — L'opposition et l'exécution provisoire.....	63
§ 3. — L'opposition et la péremption.....	66
<i>Section III. — L'effet de l'opposition à l'égard des tiers..</i>	68
§ 1. — L'opposition et l'indivisibilité.....	69
§ 2. — L'opposition et la garantie.....	70
§ 3. — L'opposition et la solidarité..	75
CHAPITRE II. — <i>L'opposition en matière commerciale.....</i>	85
CHAPITRE III. — <i>Des effets de l'opposition irrégulière.....</i>	103
CHAPITRE IV. — <i>L'effet de l'opposition en législation comparée.</i>	117
Belgique	118
Italie	121
Allemagne	129
Angleterre	142
CONCLUSION	149

